I. Austr.
S g m

hist
9n
Wagner

Das
Quellenverhältniß
des bürgerlichen
Gesetzbuches
zu den
besonderen Zweigen
des in den
österreichisch-deutschen Erbstaaten
für den Civilstand geltenden
Privatrechtes,
dargestellt
von

D. Vincenz August Wagner,
k. k. Professor der Rechte und mährisch-schlesischen
Landesadvocaten zu Olmütz.

Wien und Triest,
im Verlage der Geistinger'schen Buchhandlung.
1818.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Ich übergebe hier dem Drucke eine Schrift, die freylich für den Zweck derselben etwas spät, sechs Jahre nach der eingetretenen Wirksamkeit des bürgerlichen Gesetzbuches erscheint. Ich sehe wohl ein, daß dieser Versuch eines Beytrages zur Quellenlehre des österreichischen Privatrechtes um fünf Jahre früher mehr Interesse gewährt haben würde, als jetzt; indessen scheint mir, nach meinen Erfahrungen, bisher weder in der Theorie noch in der Praxis die Frage, mit der sich derselbe beschäftigt, so genügend besprochen und entschieden worden zu seyn, daß

es überflüßig seyn dürfte, sie öffentlich zur Sprache zu bringen.

Die Gründe, welche die Beendigung der vorliegenden Abhandlung verzögerten, liegen theils in der Schwierigkeit der Arbeit selbst, theils in meinen durch ein doppeltes Amtsverhältniß sehr gehäuften Geschäften, die mir nur gestatteten, meine Erholungsstunden darauf zu verwenden.

Einige der darin vorgetragenen Ansichten haben, so viel ich weiß, noch nicht in die Praxis Eingang gefunden und eben deßwegen erwarte ich manche Gegner. Doch bin ich weit entfernt, zu glauben, daß meine Meinung unwiderlegbar sey und ich bin zufrieden, wenn ich durch diese Schrift ein Feld zu Discussionen über einen Gegenstand von äußerster Wichtigkeit

geöffnet habe, aus denen dann, gleich viel für oder gegen meine Meinung, siegreich die Wahrheit hervor tritt. Nur so viel muß ich sagen, daß die darin ausgesprochenen Grundsätze nicht das Resultat eines kurzen Nachdenkens, sondern einer fünfjährigen Prüfung seyen und daß ich dieselben durch eine lange Reihe von Consequenzen durchgedacht habe, ohne jemahls dadurch auf ein Absurdum geführt worden zu seyn.

Im positiven Theile der Abhandlung habe ich, da ihr Inhalt sie ohnedieß nicht zum unmittelbaren Gebrauche von Schülern, die den juristischen Lehrcurs noch nicht beendiget haben, zu eignen scheint, es räthlich gehalten, die Angabe der einzelnen Daten und Kundmachungspatente der Gesetze,

die einen besondern Privatrechtszweig normiren, so wie deren specielle Aufzählung, da sie dem bürgerlichen Gesetzbuche lange voraus gegangen und daher wohl jedem österreichischen Juristen genügend bekannt sind, zur Ersparung einiger Druckbogen wegzulassen und vorzüglich nur die Auseinandersetzung der Frage zu berücksichtigen, in wiefern das bürgerliche Gesetzbuch auf diese ohnehin allgemein bekannten besonderen Quellen einen Einfluß habe.

Olmütz im December 1817.

Wagner.

Uibersicht.

Einleitung.

I. Umfang des bürgerlichen Gesetzbuches.
II. Daraus sich ergebende Schwierigkeit, die Quellen der besondern Privatrechtszweige auszumitteln.
III. Standpunct und Quellen dieser Abhandlung.
IV. Object derselben.
V. Umfang derselben.

Erste Abtheilung.

§. 1. Gesetze; juristische, natürliche und positive.
§. 2. Vertragsmäßige und oberherrschaftliche.
§. 3. Staatsregierungsgesetze, Statute.
§. 4. Unterschied zwischen beyden.
§. 5. Einzig mögliche Entstehungsart der Regierungsgesetze.
§. 6. Gewohnheitsrecht.
§. 7. Verschiedenheit der Gesetze nach ihrem Umfange.
§. 8. und 9. Darstellung derselben Norm als verschiedene Regierungsgesetze.
§. 10. Begründung dieser Ansicht.

§. 11. Zeitpunct der Wirksamkeit der Gesetze.
§. 12. Dauer derselben.
§. 13. Aufhebung der Gesetze. Ab- und Derogation, Abschaffung und Abänderung.
§. 14. Lex posterior derogat priori.
§. 15. Ausdrückliche und stillschweigende Aufhebung.
§. 16. Gleiche Wirkung beyder.
§. 17. Grundsätze für die ausdrückliche Aufhebung.
§. 18. und 19. Grundsätze für die stillschweigende.
§. 20. Regeln hieraus zur richtigen Anwendung des Satzes: lex posterior derogat priori überhaupt.
§. 21. Specielle Regeln zur Anwendung dieses Satzes a) wenn dieselbe Norm als Regierungsgesetz und Statut zugleich galt.
§. 22. und 23. b) wenn dieselbe Norm als mehrere Regierungsgesetze zu betrachten kam.
§. 24. Uiber Supplirung älterer Gesetze durch neuere.

Zweyte Abtheilung.

I. Abschnitt.

Das Quellenverhältniß des b. G. B. zu den früher bestandenen Privatrechtsgesetzen überhaupt.

§. 25. Uibereinstimmung der Grundsätze des bürgerlichen Gesetzbuches mit den in der ersten Abtheilung aufgestellten.

§. 26. Grundsätze desselben über das Entstehen der Gesetze.
§. 27. Grundsätze desselben über den Zeitpunct ihrer Wirksamkeit.
§. 28. Grundsätze desselben über ihre Dauer.
§. 29. Grundsätze desselben über Abänderung und ausdrückliche Aufhebung.
§§. 30. und 31. Folgen hieraus (§§. 28. und 29.) zur Anwendung des Satzes: lex posterior derogat priori, a) in Rücksicht des frühern Privatrechtes überhaupt;
§. 32. b) in Rücksicht der besondern Privatrechts-zweige.

II. Abschnitt.

Das Quellenverhältniß des bürgerlichen Gesetzbuches zum Lehenrechte.

§. 33. Nach den Anordnungen des b. G. B. hat dasselbe in den Hauptquellen des Lehenrechtes nichts geändert.
§. 34. Eben so wenig an den frühern Hülfsquellen; daher ist das b. G. B. zur Supplirung des Lehenrechtes nicht anzuwenden.
§. 35. Beweis (§. 34).
§. 36. Einwürfe.
§. 37. Das Kirchenrecht scheint aber niemahls als supplirende Quelle des Lehenrechtes gesetzlich recipirt geworden zu seyn.
§§. 38. und 39. Begründung dieser Behauptung.

§. 40. Resultate (§§. 34—39).
§§. 41. und 42. Beyspiele zur Erläuterung dieser Ansichten (§§. 34—40).
§. 43. Das b. G. B. hat jedoch einen limitirenden und einen präjudiciellen Einfluß auf das Lehenrecht.
§. 44. Darstellung des limitirenden Einflusses.
§. 45. Darstellung des präjudiciellen Einflußes.

III. Abschnitt.

Das Quellenverhältniß des bürgerlichen Gesetzbuches zum Handlungs- und Wechselrechte.

§. 46. Anordnungen des b. G. B. über dieses Verhältniß.
§. 47. Hieraus sich ergebende Nothwendigkeit, die eigentlichen Handlungs- und Wechselgeschäfte von dem damit verbundenen des gemeinen Lebens genau zu unterscheiden.
§. 48. Grenze der Handelsgeschäfte und des Handelsrechtes.
§. 49. Grenze der Wechselgeschäfte und des Wechselrechtes.
§. 50. Folgen hieraus. (§. 46—49.)
§. 51. Darstellung der noch geltenden Hauptquellen des Handels- und Wechselrechtes.
§. 52. Erläuterung dieser Ansichten durch Beyspiele.

§§. 53, 54 und 55. Zur Supplirung des Handels- und Wechselrechtes ist nicht mehr das römische Recht, sondern das b. G. B. anzuwenden.

§. 56. Beyspiel hiezu.

IV. Abschnitt.

Das Quellenverhältniß des b. G. B. zum Kirchenrechte.

§. 57. Umfang des österreichischen Kirchenrechtes bis zur Erscheinung des b. G. B.

§. 58. Der Inhalt desselben betrifft entweder rein bürgerliche, geistliche oder gemischte Gegenstände.

§. 59. In rein bürgerlichen Gegenständen kommt der Kirche jure proprio kein Gesetzgebungsrecht zu.

§. 60. Dagegen stehet derselben in rein geistlichen Angelegenheiten das Gesetzgebungsrecht unter der einzigen Beschränkung des placeti regii ausschließend zu.

§. 61. Gesetzgebungsrecht in gemischten Angelegenheiten.

§. 62. Prüfung des Grundsatzes: daß die von der Kirche in bürgerlichen Angelegenheiten (jure deleg.) erlassenen Gesetze, wenn sie vom Landesfürsten aufgehoben werden, die Kirchenglieder doch noch fortan im Gewissen verbinden.

§. 63. Gründe gegen diesen Grundsatz.

§. 64. Besondere Rücksicht dabey auf das Eherecht.
§§. 65 und 66. Das b. G. B. hat das bisherige Kirchenrecht nicht im ganzen Umfange aufgehoben.
§. 67. Gründe für diese Behauptung.
§. 68. Allein alle privatrechtlichen Anordnungen des Kirchenrechtes, welche Gegenstände das b. G. B. betreffen, sind aufgehoben.
§§. 69 — 71. Bestimmung, welche Theile des Kirchenrechtes fortan Gesetzkraft behalten.

V. Abschnitt.

Das Quellenverhältniß des b. G. B. zum Gewohnheits- und Provincialstatutarrechte.

§. 72. In wiefern das Gewohnheits- und Provincialstatutarrecht unter die besondern Privatrechtszweige gehöre.
§. 73. Aufhebung der Gewohnheitsrechte durch das b. G. B. im Allgemeinen.
§. 74. Darunter gehört a) das Herkommen und b) der Gerichtsgebrauch.
§. 75. Diese Aufhebung hat in Rücksicht des Gerichtsgebrauches gar keine Beschränkung.
§. 76. In Rücksicht des Herkommens ist sie aber beschränkt.
§. 77. Erfordernisse zur Wirksamkeit dieser Beschränkung (§. 76.)

§. 78. Nach welchen Gesetzen die Existenz einer Gewohnheit, auf welche sich das b. G. B. oder ein späteres Gesetz beruft, zu beurtheilen sey?

§. 79 und 80. Provincialstatute und Bestimmung des b. G. B. hierüber.

VI. Abschnitt.

Das Quellenverhältniß des b. G. B. zum gerichtlichen Verfahren.

§. 81. Grenze zwischen den Gesetzen über das gerichtliche Verfahren und dem b. G. B.

§. 82. Anordnungen des b. G. B. über das Quellenverhältniß desselben zum gerichtlichen Verfahren.

§. 83. Hiernach sind die Gesetze über das letztere im Allgemeinen noch gültig, doch werden einzelne Stellen derselben durch das b. G. B. aufgehoben, modificirt und supplirt.

§. 84. Gründe aus denen unser b. G. B. manchmahl auf das Verfahren ausbeugt.

§. 85. Die Fälle, in welchen das b. G. B. die Gesetze des Verfahrens aufhebt oder modificirt, sind nicht sehr häufig, häufiger findet sich die Supplirung der letztern durch das letztere, am häufigsten greifen beyde innig in einander, ohne sich aufzuheben.

§. 86. Fälle, in welchen das b. G. B. Gesetze über das Verfahren aufhebt.

§. 87. Fälle, in welchen das b. G. B. Gesetze über das Verfahren modificirt.

§. 88. Fälle, in welchen das b. G. B. die Gesetze über das Verfahren supplirt.

§§. 89 — 92. Fälle, in welchen das b. G. B. und die Gesetze des Verfahrens in einander greifen, ohne sich aufzuheben.

Einleitung.

I.

Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Junius 1811, womit die weise Fürsorge unsers erhabenen Kaisers seine Unterthanen beschenkte, umfaßt nicht, wie einst das römische, alle Zweige des positiven Rechtes und eben so wenig sind darin politische Gesetze enthalten. Strenge sondert es das öffentliche von dem Privatrechte und scheidet die politischen Verordnungen aus. Aber selbst das Privatrecht erschöpft es nicht ganz. Einmahl beschäftiget es sich, bis auf wenige Ausnahmen, ausschließend nur mit dem Rechte selbst, d. i. mit der Erörterung der Frage: was ist Rechtens und überläßt die Bestimmung, auf welche Art die Rechte durchgesetzt werden sollen, den Gesetzen über das Verfahren. Dann behandelt das bürgerliche Gesetzbuch nicht einmahl die Frage, was Rechtens sey, in Beziehung aller Privatverhältnisse, sondern es beschäftiget sich in der Regel nur damit, für jene des gemeinen Lebens allgemeine Normen aufzustellen. Für ungewöhnliche bürgerliche Verhältnisse, ja sogar für die eines ausgezeichneten Standes

(das Militär), gibt es in unserem Staate besondere Gesetze. So haben wir ein abgesondertes Lehen- Handlungs- und Wechselrecht u. s. w. a), welche alle mit dem bürgerlichen Gesetzbuche zusammen erst das ganze Privatrecht ausmachen.

II.

Diese strenge Scheidung alles dessen, was die Reinheit des Systems des bürgerlichen Gesetzbuches stören könnte, ist unstreitig nicht eines der geringsten Verdienste, welche dieses legislatorische Meisterwerk so vielfach aufzuweisen hat und der philosophirende Jurist weiß dafür dem Gesetzgeber Dank. Dagegen sieht sich aber Mancher, dessen Sache gerade nicht Philosophie der Gesetze ist, eben hiedurch in nicht geringe Verlegenheit gesetzt. Denn alle von dem bürgerlichen Gesetzbuche abgesonderten, für gewisse einzelne Verhältnisse bestehenden Gesetze sind früher als dasselbe erschienen und da scheint es denn zweifelhaft, ob und in wiefern diese durch jenes modificirt, oder gar aufgehoben werden, zumahl, da das bürgerliche Gesetzbuch nur im Allgemeinen diese Frage entscheidet. Dazu kommt noch, daß durch das bürgerliche Gesetzbuch das rö-

---

a) S. hierüber das Kundmachungspatent, die Einleitung und §. 359 des bürg. Gesetzbuches, dann des hochverdienten Herrn Hofrathes von Zeiller Commentar über dasselbe. Wien bey Geistinger 1811. (1. Thl. S. 94.)

mische Recht aufgehoben wurde, welches fast in alle Theile der österreichischen Privatrechts-gesetzgebung eingeflochten war. Dadurch entstehen nun wieder neue Zweifel, ob das römische Recht nur dort, wo es als selbstständiges Gesetz galt, oder auch sogar dort, wo es als subsidiarische Quelle nicht aufgehobener besonderer Gesetze einen Theil derselben ausmachte, aufgehoben sey. Allen diesen Zweifeln setzt noch der die Krone auf, was man mit dem Kirchenrechte zu machen sey, da das bürgerliche Gesetzbuch darüber sich gar nicht erklärt.

III.

Diese Zweifel lassen sich freylich leicht heben, wenn man nur mit dem einzigen Satze: lex posterior derogat priori in seinem ganzen Umfange erst ins Reine kam. Allein gerade darin liegt eine bedeutende Schwierigkeit, da dieser Satz bey weitem nicht so leicht verständlich ist, als man dem ersten Anblicke nach glauben möchte. Allzu leicht verfällt man hier aus einem Extreme in das andere und behauptet bald, er müsse unbedingt und ohne alle Beschränkung angewendet werden, bald aber sucht man gezwungene und verwirrende Vereinigungen älterer und neuerer Gesetze zu Stande zu bringen, um nur jene nicht durch diese aufgehoben erklären zu dürfen. Beydes ist gleich schädlich für die Theorie sowohl, als für die Rechtspflege selbst. Denn hat man hier nicht deutlich und klar gesehen, wie kann man denn im Stande seyn, mit Sicherheit

irgend ein Rechtsverhältniß zu beurtheilen, da man, aus diesem Grunde, noch über die gesetzlichen Quellen dieser Beurtheilung nicht einig ist. Nur ein fleißiges und gründliches Forschen im Gebiethe der Metaphysik der Gesetzgebung über Entstehung, Wirkung, Dauer, Ab- und Derogation der Gesetze, verbunden mit dem strengen Studium der einzelnen Stellen neuerer Verordnungen, welche sich auf die nähmlichen Gesichtspuncte beziehen und eine genaue Kenntniß der älteren Gesetze kann hier von Irrthümern bewahren. Ohne Philosophie der Gesetzgebung ist es nicht möglich, in den Geist der Gesetze überhaupt und am wenigsten in die Begriffe der Entstehung, Wirkung, Dauer, Ab- und Derogation derselben insbesondere einzudringen; ohne Studium der Worte der positiven Gesetze selbst aber ist es durchaus nicht gedenkbar, sich vor eigenmächtigen Entscheidungen zu sichern, welche die Bestimmung des Gesetzgebers aufheben, statt sie zu erklären und darzustellen, wodurch dann offenbar die Grenze der positiven Jurisprudenz überschritten wird a).

IV.

Aus diesen beyden Gesichtspuncten den Satz: lex posterior derogat priori möglichst

---

a) Vergl. v. Zeillers Commentar (1. Thl. S. 65—67.) und die allgemeine Bibliothek für Staatskunst, Rechtswissenschaft und Kritik. Giessen 1808. (1. Heft S. 49—61.)

genau zu bestimmen und durch die besondern Zweige der österreichischen Privatrechtsgesetzgebung durchzuführen, ist die Aufgabe für die vorliegende Abhandlung. Sie zerfällt daher nach dieser Anlage: a) in den rein philosophischen und b) in den positiven Theil.

V.

In dem ersten Theile werden wir, abgesehen von positiven Bestimmungen, die Begriffe von Gesetzen, ihre verschiedenen Arten (jedoch nur in sofern sie auf unsern Zweck Einfluß haben) ihre Entstehung und den Grund ihrer Verbindlichkeit, die Wirkung derselben und ihre Ab- und Derogation kennen lernen. In dem zweyten Theile sollen die allgemeinen Grundsätze, die das bürgerliche Gesetzbuch über Ab- und Derogation der früheren Gesetze aufstellt, entwickelt und hiernach das Quellenverhältniß desselben zu den besonderen Zweigen der österreichischen privatrechtlichen Gesetzgebung, in sofern sie den Civilstand betreffen, wozu 1) das Lehenrecht, 2) das Handlungs- und Wechselrecht, 3) das Kirchenrecht, 4) das Provincialstatutar- und Gewohnheitsrecht, endlich 5) die Gerichtsordnung (im allgemeinsten Verstande, also der Inbegriff der Gesetze für das Verfahren in und außer Streitsachen) zu zählen ist, insbesondere gezeigt werden. Doch darf in dieser zweyten Abtheilung sich nicht in eine Aufzählung einzelner Fälle eingelassen werden, wenn die

Abhandlung nicht in eine langweilige und unnütze Casuistik ausarten soll; sondern es dürfen darin nur die Grundsätze aufgestellt werden, nach denen sich die Casuistik richten muß. Fälle, so wie einzelne Materien, welche gerade am schwierigsten daraus zu entscheiden sind, wollen wir bloß als Beyspiele zur größeren Aufklärung und zum Beweise, daß die aufgestellten Grundsätze richtig und anwendbar seyen, ausheben.

Erste Abtheilung.

§. 1.

Ein Gesetz im allgemeinsten Sinne ist eine Norm, welche eine Verbindlichkeit ausdrückt. Hat es die Freyheit zum Gegenstande; so heißt es, zum Unterschiede von dem Naturgesetze ein moralisches. Bezieht es sich bloß auf äußere Handlungen und ihre Legalität; so heißt es ein juristisches. Bezieht es sich aber auch auf die innern Bestimmungsgründe; so heißt es ein ethisches. Hieher gehören bloß juristische Gesetze. Sie sind natürliche, wenn sie bloß durch die practische (rechtliche) Vernunft und positive, wenn sie durch die vernünftige Willkühr festgesetzt werden a).

§. 2.

Positive Gesetze können den Grund ihrer Verbindlichkeit entweder zunächst in einem

a) Vergl. Kant's Metaphysik der Sitten. Königsberg bey Nicolovius, 1803 (1. Thl. Einleitung, S. VI. und XXIV).

Vertrage, oder in der Willkühr einer einzigen (physischen oder moralischen) Person haben; daher sind sie entweder vertragsmäßige oder oberherrschaftliche Gesetze. Nach dieser Ansicht ist zum Begriffe eines positiven Gesetzes jener, von Oberherrschaft nicht nöthig und im Grunde genommen, muß auch jedes oberherrschaftliche, zwar nicht zunächst, aber doch zuletzt (aus den Grundverträgen) ein vertragsmäßiges seyn, wenn man nicht zugeben will, daß auch Anmaßungen eines Despoten, die sich nicht auf Grundverträge zurückführen lassen, Gesetze seyen a).

§. 3.

Sind die oberherrschaftlichen Gesetze von der öffentlichen Macht im Staate erlassen; so heißen sie Staatsregierungsgesetze. Normen hingegen, welche entweder ihren Verbindlichkeitsgrund zunächst in einem Vertrage, oder in dem Willen des Oberhauptes eines Privatvereines haben, heißen Statute a). Da die strenge Unterscheidung

---

a) Vergl. Eggers natürliches öffentliches Recht. Wien bey Geistinger 1809. (I. Band. §. 81. nebst der dazu gehörigen Anmerkung).

a) Ganz einen andern Begriff verband man in

beyder dieser Gattungen von Gesetzen für unsern Zweck von bedeutender Wichtigkeit ist; so wollen wir ihre sichersten Unterscheidungsmerkmahle hier angeben.

§. 4.

Sie unterscheiden sich vorzüglich darin. Unter den Staatsregierungsgesetzen stehen die Staatsunterthanen als solche; unter Statuten aber die verbundenen Glieder als Glieder einer Privatgesellschaft. Jene verbinden, weil sie der Wille des Staatsoberhauptes, diese aber, weil sie entweder der übereinstimmende Wille aller Glieder, oder der Ausspruch des gesellschaftlichen Privatoberhauptes sind. Ein Statut für eine im Staate bestehende Gesellschaft (als solches) zu erlassen, liegt außerhalb der rechtlichen Wirkungssphäre des Regenten (als solchen). Denn wie er eine Norm für seine Unterthanen erläßt; so hat er ein Regierungsgesetz erlassen, weil er nur das Recht Regierungsge-

---

ganz Deutschland mit dem so genannten Jus statutarium, welches wirkliches Regierungsgesetz für einzelne Provinzen, im Gegensatze vom jus commune war. Hiemit war diese Benennung gleichbedeutend mit Particulargesetz.

setze zu geben aus den Staatsverträgen zum Staatszwecke erhalten hat, daher es sogar unmöglich zu denken ist, daß der Regent (als solcher) andere, als Regierungsgesetze erlasse. Daraus folgt aber nicht, daß der Regent für die Glieder einer im Staate bestehenden Gesellschaft keine verbindenden Normen erlassen könne. Denn er kann ja, ohne diese, die Gesellschaft staatsschädlich finden; nur werden sie dann die Gesellschaftsglieder nicht als Statute, sondern als Regierungsgesetze verbinden. Wir können sogar in manchem Staate sehen, daß die Person, welche Regent ist, Statute erläßt. Allein dieß kann sie niemahls als Regent, sondern nur dann, wenn sie zugleich Oberhaupt dieser Gesellschaft ist. Setzen wir, der Papst erläßt ein religiöses Disciplinargesetz; so wird diese Norm von ihm nicht als Staatsoberhaupt des päpstlichen Gebiethes, sondern als Kirchenvorsteher, nicht als Staatsregierungsgesetz, sondern als Statut für die Kirchengesellschaft ergangen seyn, welches nur jene seiner Unterthanen verbindet, die Katholiken sind.

Eine und dieselbe Norm kann in dieser Beziehung auch von zwey Ansichten zugleich

zu betrachten kommen; einmahl als Regierungsgesetz und einmahl als Statut. Dieses kann geschehen, wenn entweder der Regent des Staates ein Statut als allgemeine Norm für den ganzen Staat zweckmäßig findet, und den Inhalt desselben als Regierungsgesetz erläßt, oder wenn die im Staate bestehende Gesellschaft, oder ihr Vorsteher ein allgemeines Gesetz auch als Statut ausspricht. Jede solche Norm verbindet die Glieder der Gesellschaft doppelt, einmahl als Statut und einmahl als Regierungsgesetz. Diejenigen Unterthanen aber, welche nicht Glieder der Gesellschaft sind, in welcher dieses Statut bestehet, verbindet es nur einfach, nähmlich als Regierungsgesetz.

Wir sehen hieraus, daß Statut und Regierungsgesetz die nähmliche Norm für die nähmlichen Ob- und Subjecte aussprechen könne, aber immer behalten sie, neben einander bestehend, einen verschiedenen Verbindlichkeitsgrund. Ein Statut wird, als solches, eben so wenig ein Regierungsgesetz, als dieses, als solches, ein Statut seyn können. Ein Statut wird auch dadurch noch nicht zum Regierungsgesetze, daß dessen Gültigkeit von der landesherrlichen Bestättigung abhängt.

Denn diese Bestättigung fließt nicht aus dem Gesetzgebungsrechte des Regenten, sondern aus dem obersten Inspectionsrechte desselben und nur aus dem ersten können Regierungsgesetze fließen. Auch kann diese Bestättigung selbst nicht als Gesetz angesehen werden, weil es auch nach der Bestättigung noch immer von der Gesellschaft abhängt, ob sie dieses bestättigte Statut wirklich einführen wolle.

§. 5.

Ein Staatsregierungsgesetz entsteht, wenn der Regent eine gewisse Norm für das Verhalten der Unterthanen als seinen Willen ankündiget. Es kommt dabey gar nicht darauf an, ob dasselbe das Product seines eigenen oder seiner Beamten Geistes, oder ob es ein in einem fremden Staate bereits bestehendes Gesetz sey. Genug er erklärt es einmahl für seinen Willen und deßwegen ist es sein Gesetz. In der Schule unterscheidet man zwar diese beyden Gattungen von Gesetzen durch verschiedene Nahmen und heißt die ersten einheimische und die letzten fremde, angenommene, denen auch gewöhnlich ihr ursprünglicher Nahme beygelassen wird, z. B. das römische, longobardische Recht. Allein im Grunde ist zwischen beyden nicht der ge-

ringste Unterschied. Denn nicht ihre Entstehung als Geistesproduct dieses oder jenes Subjectes, sondern die Willenserklärung des Regenten macht sie zum Gesetze. Es ist daher jedes im Staate bestehende Gesetz in Rücksicht seiner Kraft ein einheimisches, weil es nicht durch den fremden, sondern durch den Willen des einheimischen Regenten verbindlich wird.

§. 6.

Aus diesem Gesichtspuncte muß auch die Natur eines so genannten Gewohnheitsrechtes betrachtet werden. Man nennt Gewohnheitsrecht überhaupt einen Inbegriff von Normen, welche durch eine lange und übereinstimmende Beobachtung derselben, wozu der Gesetzgeber stillgeschwiegen hat, Gesetzeskraft erhalten haben a). Jenachdem es die Staatsbürger selbst als Recht haben gelten lassen, oder dasselbe von den Gerichten durch gleichförmige Urtheilssprüche als solches anerkannt wurde, heißt es Herkommen oder Gerichtsgebrauch b). Nach dem im vorigen §.

---

a) S. von Zeillers Commentar (I. Th. S. 78).

b) Vergl. Allgemeine Elementarlehre der rich-

aufgestellten Grundsatze, daß ein Regierungs-gesetz nur durch die Willenserklärung des Staatsoberhauptes entstehen könne, ist weder die Gesetzeskraft eines Gerichtsgebrauches noch eines Herkommens denkbar und somit verschwindet das ganze so genannte Gewohnheitsrecht aus der Reihe der Gesetze c). Man beruft sich zur Vertheidigung desselben d) vergebens auf das Stillschwei-

---

terlichen Entscheidungskunde von Dr. Amand Gottfried Adolph Müllner. Leipzig 1812. (S. 54). Thibaut (in seinem Systeme des Pandectenrechtes, 2. Auflage, I. B. Jena 1805. S. 12. §. 16.) nimmt Observanz als Genus an und stellt als Species derselben Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht einander gegen über. Mir schien hier Müllners Terminologie dem Sprachgebrauche angemessener.

c) S. v. Zeillers Commentar (I. Thl. S. 78—80.) v. Sonnenfels Staatswissenschaft (I. Thl. §. 134.)

d) Schriftsteller, die Gewohnheitsrechte annehmen und vertheidigen, kann man kennen lernen aus Thibauts angeführtem Werke (I. B. S. 11.—15.) und aus Rundes Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechtes. Neueste Auflage. Frankfurt und Leipzig 1803. (S. 49—51). In einer zügellosen Ausdehnung nimmt Müllner

gen des Gesetzgebers und die daraus hervorgehende stillschweigende Genehmigung desselben. Das Stillschweigen zu einer Gewohnheit ist lange noch keine Handlung, aus der die stillschweigende Willenserklärung des Regenten, daß er die Gewohnheit genehmige, geschlossen werden kann und darf. Denn eine stillschweigende Willenserklärung kann nur aus einer concludirenden Handlung geschlossen werden. Eine solche ist aber nur dann vorhanden, wenn aus ihr durchaus, ohne auf ein Absurdum zu verfallen, kein anderer Schluß gezogen werden kann, als dieser Wille. Wie nur noch ein Zweytes vernünftiger Weise daraus gefolgert werden kann; so liegt in der Handlung schon keine wirkliche Willenserklärung mehr; sondern es kann daraus nur eine Vermuthung entnommen werden. Diese ist aber zur Gründung eines Gesetzes, das nothwendig vom Staatsoberhaupte ausgehen muß, nicht hinlänglich, da die Vermuthung nicht aus dem handelnden Subjecte, aus dessen Handlung etwas vermuthet wird, sondern aus der subjectiven Uiberzeugung

---

(in dessen angeführtem Werke S. 55.) das Gewohnheitsrecht an.

des Vermuthenden hervor geht. Nun kann ganz füglich aus dem Stillschweigen des Regenten zu einer Gewohnheit der Schluß gezogen werden, daß er deßwegen dazu schweige, weil sie ihm unbekannt ist. Nur ein Thor kann von einer bloß menschlichen Regierung fordern, daß ihr nichts im Staate unbekannt sey und somit kann dem weisesten und sorgfältigsten Regenten immerhin eine Gewohnheit, die in seinem Staate besteht, um so mehr unbekannt bleiben, als er nothwendiger Weise in seine Unterthanen das Vertrauen setzen muß, daß sie sich nicht unterfangen werden, sich des Gesetzgebungsrechtes, durch Einführung einer Gewohnheit, anmaßen zu wollen. Das bloße Stillschweigen des Regenten zu einer Gewohnheit ist also nicht hinreichend, ihr Gesetzeskraft zu verleihen.

Wie aber, wenn der Regent die bestehenden Gewohnheiten wirklich bestättiget? Auch in diesem Falle ist kein Gewohnheitsrecht vorhanden, sondern ein wirklich und unmittelbar von dem Regenten ausgehendes Gesetz, dem nur die bestehende Gewohnheit den Stoff geliefert hat, das nicht deßwegen gilt, weil man immer

diese Norm beobachtete, sondern einzig nur deßwegen, weil der Regent sie als seinen Willen aussprach.

§. 7.

Das erlassene Gesetz umfaßt entweder alle Zweige der Legislation, oder es beschäftiget sich bloß mit einem derselben. Im ersten Falle ist es ein objectiv allgemeines, im zweyten aber ein objectiv particuläres Gesetz, wo es dann den Nahmen von seinem Objecte erhält und nach der Verschiedenheit derselben z. B. ein Handlungs- oder Lehengesetz u. s. w. heißt. Es wirkt als Befehl oder Verboth entweder auf alle Unterthanen des Staates, oder nur auf einen Theil derselben, z. B. nur auf einige Provinzen und dann ist es ein subjectiv allgemeines oder particuläres Gesetz. Wirkt es für alle Unterthanen und umfaßt es zugleich alle Zweige der Legislation; so ist es ein ob- und subjectiv allgemeines Gesetz, wie z. B. das Corpus juris civilis für den römischen Staat. Im entgegengesetzten Falle ist es ein objectiv und subjectiv particuläres Gesetz, wie z. B. die österreichische Wechselordnung vom 1. October 1763, welche nur für die deutschen Erbländer mit Ausnahme Galliziens gilt.

§. 8.

Bestehet, bey dem Mangel eines objectiv allgemeinen Gesetzes, in einem Staate einmahl über die Hauptverhältnisse der Bürger, oder doch wenigstens über die allgemeinsten derselben ein vollständiges Gesetz; so braucht der Gesetzgeber dann nur bey besonderen Zweigen der Legislation, welche einer besonderen Modification bedürfen, diese Modificationen ausdrücklich auszusprechen und dort, wo dieses besondere Verhältniß die Anwendung des bereits aufgestellten allgemeinen Gesetzes zuläßt, auf dasselbe entweder ausdrücklich oder stillschweigend zurückzuweisen. Was zu dieser stillschweigenden Hinweisung erfordert werde, muß aus den (§. 6.) über die stillschweigende Willenserklärung überhaupt aufgestellten Grundsätzen entnommen werden.

§. 9.

Durch diese (ausdrückliche oder stillschweigende) Hinweisung eines neu zu erlassenden *besonderen* Gesetzes auf ein bereits bestehendes Gesetz wird dieses nun in jenes aufgenommen und constituirt damit ein *besonderes Ganzes*, verliert in sofern seinen ursprünglichen Nahmen und das *aufgenommene Gesetz* wird, in *sofern*

es nun einen Bestandtheil dieses besonderen Gesetzes ausmachet, diese Gattung des Gesetzes selbst. Denn der Regent erklärt es nun auch für diesen besonderen Gegenstand wirksam, was es vor dieser Erklärung nicht war, wodurch es nun auch Gesetz über diesen Gegenstand durch den Willen des Gesetzgebers geworden ist. Es erscheint daher eine Norm, welche früher ein einziges selbstständiges Gesetz war, dadurch, daß sie nun zugleich supplirende Quelle eines andern, besonderen Gesetzes durch diese Hinweisung geworden ist, in zweyfacher Hinsicht, nähmlich, einmahl als ein an und für sich bestehendes Gesetz, dann aber auch als ein integrirender Theil eines andern und, da das Ganze nur aus allen seinen Theilen besteht und mit ihnen identisch ist, selbst als dieses besondere Gesetz, welches mit jenem nichts gemein hat, als daß der Inhalt beyder in ähnlichen Materien übereinstimmt, aber in Rücksicht auf die Sanction, welche eine Norm erst zum Gesetze macht, von ihm unabhängig und abgesondert bestehet a).

---

a) Die in diesem §. vorgetragene Ansicht scheint

§. 10.

Zur Begründung dieser Ansicht mögen noch folgende Betrachtungen dienen. Es ist gleichgültig für die gesetzliche Kraft einer gewissen Norm, wo sie enthalten, oder wessen Geistesproduct sie ist; genug, wenn der Gesetzgeber erklärt, daß er diese Norm, obschon sie bereits in einem andern Gesetze ausgesprochen wurde, auch als ein zweytes Gesetz in einem andern Verhältnisse befolgt wissen wolle. Wenn er nun dieses erklärt; so ist es gewiß eben so gleichgültig, ob er diese Norm, welche in dem ersten, in seinem Staate geltenden, Gesetze enthalten ist, insbesondere wörtlich in das zweyte Gesetz einrückt, oder ob er in demselben auf sie, als seinen auch in Beziehung auf dieses bestimmte, dem zweyten Gesetze unterliegende, Verhältniß bestehenden Willen hinweiset, weil es überflüssig wäre, dieses ohnehin bekannte Gesetz nochmahls abzuschreiben und auch in das zweyte Gesetz wörtlich einzureihen. Dennoch läßt

---

mir für die in dieser Abhandlung in der Folge vorkommenden Sätze von der äußersten Wichtigkeit zu seyn; daher bitte ich meine Leser angelegentlich, nicht früher auf das nun Folgende überzugehen, bis sie diesen §. durchdrungen haben.

sich Mancher so leicht hiebey irre führen und hält eine gewisse Norm nur für ein Gesetz, weil sie nur einmahl geschrieben oder gedruckt erscheint, obschon der Gesetzgeber aus diesem ursprünglich einem Gesetze, durch die zweymahlige Anwendung desselben auf verschiedene Rechtsobjecte, zwey von einander juristisch getrennte Gesetze schuf, indem die Vervielfältigung eines Gesetzes nicht durch die Mehrheit seiner Abschriften, oder Abdrücke in verschiedenen Büchern, sondern nur durch den Willen des Gesetzgebers geschehen kann. Hätte der Gesetzgeber diese Norm wörtlich abgeschrieben und in das zweyte Gesetz eingereiht, ohne sich auf das erste zu beziehen; so würde wohl niemand gezweifelt haben, daß beyde Normen, obwohl sie das Nähmliche aussagen, zwey abgesonderte Gesetze seyen. Spricht nun das Abschreiben dieser Norm den Willen des Gesetzgebers anders, oder mehr aus, als die bloße Hinweisung darauf? Oder wird das Gesetz verbindlich durch das Abschreiben desselben, oder durch die Kundmachung des Gesetzgebers? Oder endlich ist eine Norm weniger kund gemacht, wenn der Regent, weil sie ohnehin bekannt ist, bloß darauf hinweiset, als wenn er sie ausdrücklich wiederholt? Diese

Norm hat nun in dem zweyten Gesetze nicht deßwegen verbindliche Kraft, weil sie in dem ersten enthalten ist, sondern einzig und allein nur deßwegen, weil sie der Gesetzgeber auch in seinem zweyten Gesetze geltend wissen wollte. Wer das läugnete, müßte beweisen, daß es dem Gesetzgeber, wenn er es nöthig gefunden hätte, nicht freygestanden sey, im zweyten Gesetze eine besondere, vom ersten Gesetze abweichende Norm aufzustellen a).

---

a) Betrachten wir zur größern Erläuterung dieser Ansichten ein Beyspiel. Nehmen wir einen Staat an, in dem bisher nur der Handel zu Lande blühte, daher denn nur für diesen ein Gesetz, ein Landhandelscodex, vorhanden war. Nun erhält der Staat ein Seegebieth und es hebt sich nun auch der Seehandel in demselben, wodurch Seegesetze nothwendig werden. Für die meisten Verhältnisse des Seehandels werden eigene Gesetze erlassen werden müssen, aber für einige enthält auch der Landhandelscodex manche zweckmäßige Verfügung. So z. B. paßte das Capitel von der Vertheilung des Schadens unter die Handelsgesellschafter aus dem Landhandelscodexe auch auf die gemeinschaftliche Tragung des Schadens, der die Schiffsrheder trifft; der Regent weiset daher in seinem Seerechte auf dieses Capitel zurück. Diese Norm erscheint nun einmahl als Landhandelsgesetz und

§. 11.

Die Wirksamkeit jedes Gesetzes beginnt mit der Kundmachung desselben als Willens des Regenten, d. i. mit der für die Staatsbürger hinlänglich verständlichen Erklärung desselben, daß er diese Norm als seinen Willen zu befolgen befehle. Die Erörterung der Eigenschaften, welche eine Kundmachung, die hinlänglich seyn soll, haben müsse, gehört nicht hieher. Nur so viel muß hier bemerkt werden, daß jede Norm, so lange sie noch nicht als Wille des Gesetzgebers für das Benehmen seiner Bürger kundgemacht ist, immer nur ein Entwurf ohne alle verbindliche Kraft bleibe.

§. 12.

Ist aber einmahl das Gesetz gehörig kund gemacht; so ist die unmittelbare Folge daraus, daß dasselbe sogleich alle Bürger, für die es erlassen wurde, verbindet; es wäre denn, daß der Gesetzgeber selbst die Wirksam-

---

dann auch als Seegesetz, gerade so unabhängig und abgesondert, als wenn er diese Stelle nochmahls wörtlich abgeschrieben und in das Seerecht besonders eingereiht hätte, weil das nochmahlige Abschreiben den Willen des Gesetzgebers nicht deutlicher ausdrückt, als diese Hinweisung.

keit auf einen spätern Zeitpunct hinausgesetzt hätte. Diese verbindende Kraft wirkt so lange, bis der Gesetzgeber es ausdrücklich oder stillschweigend aufhebt. Es mag nun eine noch so lange Zeit seit der Kundmachung desselben verflossen und noch so lange dieses Gesetz nicht in Anwendung gekommen seyn, es mögen noch so viele neue Gesetze während dem entstanden seyn; so bleibt doch immer das einmahl kundgemachte Gesetz bis zu seiner ausdrücklichen oder stillschweigenden Aufhebung in voller Kraft. Denn bis der Gesetzgeber erklärt, er wolle nun nicht mehr seinen einmahl kundgemachten Willen befolgt wissen, berechtiget den Unterthan nichts, von demselben abzugehen und immer spricht sich in der einmahl geschehenen Kundmachung die Erklärung des Regenten gleich stark aus; *ich will, daß diese Norm befolgt werde.*

§. 13.

Unter der Aufhebung eines Gesetzes versteht man eine Handlung, wodurch die Verbindlichkeit desselben vernichtet wird. Sie bezieht sich entweder auf das ganze Gesetz und dann heißt sie eine vollständige Aufhebung (Abrogation) oder sie bezieht sich auf einen, oder einige Theile desselben und dann

heißt sie eine Aufhebung zum Theile (Derogation). a) Das aufgehobene Gesetz ist entweder dergestalt (ganz oder zum Theile) aufgehoben, daß kein neues an dessen Stelle tritt, oder dergestalt, daß es durch ein neues ersetzt wird. Im ersten Falle ist eine Abschaffung, im zweyten hingegen eine Abänderung b) vorhanden.

§. 14.

Daß der Gesetzgeber jedes bestehende Regierungsgesetz nach seinem vernünftigen Ermessen aufheben könne, ist kein Zweifel. Wie weit dieses Recht gehe, ist eine Frage, deren Beantwortung nicht hieher gehört. Hieher gehört nur die Frage, ob durch jedes neue Gesetz das ältere sogleich unbedingt aufgehoben werde, ob also der Satz: lex posterior derogat priori ohne alle Beschränkung angenommen werden müsse. Hiemit haben wir es nicht mit dem Befugnisse des Gesetz-

---

a) S. Thibauts angef. Werk (I. Band §. 38. S. 31).

b) Einen andern Begriff verbindet Herr v. Zeiller (in seinem Commentare I. Band S. 76) mit der Abänderung. Uiber die Gründe dieser von der seinigen abweichenden, Terminologie wird später (§. 29.) etwas vorkommen.

gebers, durch ein späteres Gesetz die Verbindlichkeit eines frühern, sowohl für vergangene als künftige Fälle zu vernichten, sondern nur mit der Bestimmung zu thun, wie weit die Doctrin bey der Erscheinung eines neuen Gesetzes daraus die Aufhebung eines frühern ableiten dürfe. Es gehören daher die nun aufzustellenden Grundsätze nicht der Staatswissenschaft, sondern der Hermeneutik des positiven Rechtes an.

§. 15.

Die Aufhebung eines Gesetzes kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Bey der stillschweigenden Aufhebung ist sich vorzüglich zu hüthen, daß man sie nicht mit der Vermuthung einer Aufhebung verwechsele, welche niemahls einem Gesetze seine Wirksamkeit entziehen kann. Eine stillschweigende Aufhebung, so wie die stillschweigende Genehmigung (§. 6.), muß jederzeit aus einer concludirenden Handlung des Gesetzgebers fließen, nach der es unmöglich ist, vernünftiger Weise noch etwas Anderes zu schließen, als seinen Willen, ein bestimmtes Gesetz aufzuheben. Hieraus fließt nun auch der Satz, daß ein Gesetz durch eine entgegenstehende Gewohnheit eben so wenig seine

Wirksamkeit verlieren könne, als sich eine Gesetzeskraft einer Gewohnheit überhaupt (§. 6.) denken läßt.

§. 16.

Ob die Aufhebung eines Gesetzes von dem Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet wird, oder erst aus concludirenden Handlungen desselben erschlossen werden muß, gilt im Grunde wohl freylich ganz gleich; zur Aufklärung der Sache aber dürfte es immerhin viel beytragen, die Art zu zeigen, auf welche insbesondere jede dieser Gattungen von Aufhebung eintreten könne. Wir wollen daher zuerst von den möglichen Arten der ausdrücklichen und stillschweigenden Aufhebung handeln und dann die Resultate davon zur möglichst genauen Erklärung des Satzes: lex posterior derogat priori benützen.

§. 17.

Die ausdrückliche Aufhebung kann entweder eine bloße Abschaffung, oder sie kann auch mit einer Abänderung verbunden seyn. Die erste Gattung der ausdrücklichen Aufhebung kann eintreten, wenn entweder 1) ein Verhältniß, welches bisher im Staate bestand und für welches ein Gesetz nothwendig

war, zu seyn aufhörte; z. B. wenn bey uns in Oesterreich das Lehenverhältniß aufhörte und der Gesetzgeber das bisher bestandene Lehenrecht aufhebt; oder wenn 2), weil bisher über den nähmlichen Gegenstand zwey oder mehrere Gesetze bestanden, wie z. B. bey uns (mit Ausnahme Galliziens) das Wechselpatent vom 10. September 1717 und das, vom 1. October 1763, der Gesetzgeber zur Vermeidung von Mißverständnissen nothwendig findet, eines davon aufzuheben. Die zweyte Gattung der ausdrücklichen Aufhebung wird eintreten, sobald das Verhältniß, für welches das alte Gesetz paßte, verändert wurde und diese Veränderung neue gesetzliche Vorschriften erfordert; oder wenn der Gesetzgeber, mit dem Geiste der Aufklärung fortschreitend, findet, daß das alte Gesetz auch für das unverändert gebliebene Verhältniß niemahls paßte; oder endlich, weil die höhere Cultur der Bürger eine Aenderung der Legislation heischt. Bey beyden Gattungen ausdrücklicher Aufhebung kann über das Nichtmehrbestehen des früheren Gesetzes in so fern keine Frage mehr seyn, als es der Gesetzgeber ausdrücklich als aufgehoben erklärte.

§. 18.

Anders ist es mit der stillschweigenden Aufhebung. Diese kann auf jeden Fall (wenigstens so lange, als das Verhältniß noch besteht, für welches das frühere Gesetz galt) nur eine Abänderung (§. 13.) seyn. Eine stillschweigende Aufhebung kann nur durch eine concludirende Handlung geschehen (§. 15). Eine solche Handlung aber, aus der die Aufhebung geschlossen werden kann und muß, läßt sich nur dann als vorhanden denken, wenn und in sofern das spätere Gesetz dem älteren wirklich widerspricht. In sofern dieser Widerspruch zwischen dem früheren und späteren Gesetze eintritt, in sofern muß man nothwendig jenes für aufgehoben erklären. Denn nun muß man wohl den Schluß ziehen, der Gesetzgeber habe durch das neuere das ältere Gesetz aufheben wollen, weil er sonst die Unterthanen in die Unmöglichkeit versetzen würde, auch nur eines davon zu befolgen, indem, wenn beyde, trotz ihres Widerspruches, noch bestehen sollten, der Unterthan nothwendig durch die Befolgung des einen das andere zu übertreten genöthiget wäre, also geradezu keines befolgen müßte, um nicht eines davon zu übertreten. So lange dieser Widerspruch nicht vorhanden ist, so

lange kann es auch keine stillschweigende Aufhebung geben. Man kann daher der Meinung nicht beypflichten, daß jedes neue Gesetz das, über den nähmlichen Gegenstand vorhandene, frühere aufhebe, weil sonst leicht eine Verwirrung entstehen könnte. Denn die befürchtete Verwirrung ist immer nur eine möglich e, aber keine nothwendige und es läßt sich gar wohl denken, daß die Unterthanen beyde zusammen, wenn sie sich nur nicht widersprechen, erfüllen können. Uiberdieß zeigt uns die eigene Erfahrung (durch die §. 17. angeführten zwey österreichischen Wechselordnungen), daß zwey zu verschiedenen Zeiten über den nähmlichen Gegenstand erlassene Gesetze recht gut zusammen bestehen und befolgt werden können.

§. 19.

Ein wirklicher Widerspruch zwischen zwey Gesetzen ist nur unter folgenden zwey Bedingungen möglich. Erstens, wenn beyde Gesetze den nähmlichen Gegenstand und zweytens, wenn sie diesen Gegenstand in der nähmlichen Beziehung betreffen. Betreffen beyde Gesetze verschiedene Objecte, oder betreffen sie zwar das nähmliche Object, aber behandeln sie es in verschiedenen Beziehungen; so mö-

gen diese Gesetze sich immerhin den Worten nach widersprechen, dennoch wird dieses Widersprechen, das bloß scheinbar ist, keine concludirende Handlung seyn, aus welcher der Wille des Gesetzgebers zur Aufhebung eines frühern Gesetzes geschlossen werden müßte. Denn in beyden Fällen ist es den Unterthanen möglich, beyde Gesetze, trotz des scheinbaren Widerspruches, zusammen zu befolgen, ohne in die mindeste Collision zu gerathen.

§. 20.

Hieraus (§§. 17 — 19) ergeben sich zur richtigen Anwendung des Satzes: lex posterior derogat priori zwey Regeln. 1) Bey der ausdrücklichen Aufhebung ist auf das frühere Gesetz, in sofern es ausdrücklich aufgehoben erklärt wurde, dieser Rechtssatz unbedingt anzuwenden. 2) Bey der stillschweigenden Aufhebung kann er nur in sofern angewendet werden, als das neue Gesetz dem ältern über den nähmlichen Gegenstand und zwar in der nähmlichen Beziehung widerspricht. Wenn nun nach einer oder der andern dieser Regeln dieser Rechtssatz anzuwenden kommt, dann kann freylich von dem aufgehobenen

Gesetze, als solchem, keine Rede mehr seyn. Jedoch, was durchaus nicht übersehen werden darf, nur als solchem, d. i. in sofern es aufgehoben ist, kann keine Rede mehr davon seyn. In jeder andern Beziehung, in welcher es nicht aufgehoben wurde, bleibt es aber gültig und unverrückt stehen.

§. 21.

Wenden wir diese Regeln nun auf den Satz: lex posterior derogat priori, an.

Wir haben (§. 4.) gesehen, daß eine und die nähmliche Norm sowohl Statut einer im Staate bestehenden Privatgesellschaft, als auch Regierungsgesetz für den Staat selbst seyn könne. Beyde sind nun von einander verschiedene Vorschriften, deren jede ihren eigenthümlichen Verbindlichkeitsgrund hat und welche daher auch von einander unabhängig sind. Es kann demnach immer diese Norm in einer Beziehung aufgehoben werden und in der andern gültig bestehen. Hebt nähmlich der Regent diese Norm als Regierungsgesetz auf; so bestehet sie immerhin als Statut für den Privatverein. Hebt aber diese Norm der Privatverein, als bisher für ihn bestandenes Statut auf; so besteht sie noch immer unverrückt als Regierungsgesetz.

§. 22.

Wir haben ferner (§§. 9. und 10.) gesehen, wie eine und dieselbe Norm im nähmlichen Staate sogar als zwey oder mehrere Regierungsgesetze bestehen könne, deren jedes sich auf eine eigene Sanction des Gesetzgebers stützt und daher auch von dem andern, welches das gleiche Edict enthält, ganz abgesondert und unabhängig (§. 9.) besteht. Wenn nun eine solche Norm in der einen Beziehung, in der sie galt, aufgehoben wird; so ist sie es deßwegen noch nicht in allen übrigen Beziehungen, in denen sie ebenfalls und zwar als ein, von dem aufgehobenen, unabhängiges Gesetz gilt. Daß der Gesetzgeber in einem neuen Gesetze ausdrücklich oder stillschweigend erklären könne, daß diese Norm, die in mehreren Beziehungen als mehrere Gesetze bestand, in jeder Beziehung aufgehoben seyn solle, verstehet sich von selbst (§. 14.). Aber nur wenn dieser Wille des Gesetzgebers nicht insbesondere vorliegt, kann man aus dem Umstande allein, daß ein Gesetz in derselben Beziehung, mit demselben Nahmen und in demselben Verhältnisse, wo es ursprünglich und selbstständig galt, als aufgehoben erklärt wurde, nicht den Schluß ziehen, daß dasselbe auch in jener Beziehung

aufgehoben sey, in welcher es als ein integrirender Theil eines ganz andern Gesetzes, folglich als ein ganz anderes Gesetz (§. 9.), erscheint.

§. 23.

Wer das Gegentheil behauptete, würde zugeben müssen, daß sogar jene Worte des zweyten Gesetzes, welche ausdrücklich auf jene Norm des ersten Gesetzes hinweisen, die der Gesetzgeber in jenem aufgenommen wissen wollte, durch die Aufhebung dieses ersten Gesetzes aufgehoben würden, da doch in der Aufhebungserklärung dieses Gesetzes von jenem gar keine Rede war, welches noch überdieß ganz unabhängig (§. 9.) von diesem ist a). Wie ließe sich zudem wohl die

a) Setzen wir unser (§. 10. Anmerk.) angefangenes Beyspiel fort. Wir haben dort gesehen, wie aus dem ursprünglich nur einem Gesetze für den Landhandel zwey geworden sind, da das Capitel von der gemeinschaftlichen Tragung des Schadens der Handelsgesellschafter aus dem Landhandelscodexe, durch die Hinweisung des Gesetzgebers auf dasselbe im Seerechte, auch zum Seegesetze wurde. Wenn nun der Gesetzgeber den Landhandelscodex aufhebt, ist dadurch auch schon das Capitel von der gemeinschaftlichen Tragung des Schadens der Schiffsrheder im Seerechte auf-

Behauptung rechtfertigen, daß die Aufhebung eines gewissen Gesetzes, wofür ein neues eingeführt wird, auch die Kraft habe, eine Lücke in ein zweytes Gesetz zu machen, was doch nothwendig geschehen müßte, wenn demselben seine supplirenden Normen, welche aus andern Zweigen der Legislation hergenommen werden mußten, die nun aufgehoben wurden, hiedurch entzogen würden.

§. 24.

Gegen dieses letzte Bedenken sucht man sich dadurch zu verwahren, daß man behauptet, alle diese nun entstandenen Lücken würden durch das neue Gesetz supplirt, daher denn doch keine Lücke vorhanden wäre.

Der ganze Irrthum in dieser Beziehung scheint darin zu liegen, daß man den falschen Satz als unbezweifelt voraussetzt, daß das zu supplirende Gesetz nur erkläre, es wolle

---

gehoben, worin sich auf die zusagenden Normen des nun aufgehobenen Landhandelscodexes bezogen wurde? Ganz gewiß nicht, da im Seerecht diese Normen des Landhandelscodexes nicht deßwegen galten, weil sie in diesem stehen, sondern weil sie der Gesetzgeber auch im Seerechte als seinen Willen erklärte.

aus einem neben ihm für einen gewissen Rechtszweig, gleich viel zu welcher Zeit, bestehenden andern Gesetze supplirt werden, daß es daher nur Erfüllung dieses Willens sey, wenn man es nach dem jeweiligen Gesetze, welches über diesen Gegenstand besteht, supplirt und daß der Gesetzgeber diese Norm nur deßwegen in dem supplirenden Gesetze geltend wissen wollte, weil sie in einem gewissen andern Gesetze bereits stehe, ohne Rücksicht, was sie verordne. Wenige einfache Fragen werden die Richtigkeit dieser Behauptung darthun. 1) Würde der Gesetzgeber, als er sich auf ein gewisses bereits bestehendes Gesetz bezog, dieß wohl auch gethan haben, wenn dieses darauf nicht gepaßt hätte? So absurd die bejahende Beantwortung dieser Frage klänge, so müßte sie doch Platz greifen, wenn man der früheren Behauptung getreu bleiben wollte 2) Kann der Gesetzgeber nicht Gründe genug haben, das supplirende Gesetz in der Beziehung aufzuheben, in welcher es zuerst selbstständig galt, weil sich die daraus zu beurtheilenden Verhältnisse geändert haben können, dasselbe jedoch als einen integrirenden Theil eines andern Gesetzes fortbestehen zu lassen, weil die nach diesem Gesetze zu beurtheilenden Verhältnisse noch dieselben sind?

3) Steht es wohl den Unterthanen zu, practisch wirksam zu beurtheilen, ob auch diese letzteren Verhältnisse verändert seyen, um dann eigenmächtig ein neues suppliren. des Gesetz an die Stelle des bisher geltenden zu setzen? 4) Ist es nicht lächerlich zu behaupten, der Regent, da er das, zur Zeit der Erlassung des zu supplirenden Gesetzes bestehende, supplirende Gesetz als supplirende Quelle aufnahm, habe auf den Fall, als dieses letztere in der Folge durch ein anderes als selbstständiges verdrängt würde, auch schon zum voraus das künftige Gesetz als supplirende Quelle erklärt, wo er vielleicht noch gar nicht daran dachte, daß das damahls supplirende Gesetz durch ein anderes verdrängt werden würde und noch weniger wissen konnte, ob das neue Gesetz nicht gerade die entgegengesetzten Vorschriften in jenen der ihm unterliegenden Verhältnisse aufstellen werde, für welche das ältere gerade solche Grundsätze aufstellte, die auch dem unter dem zu supplirenden Gesetze stehenden Verhältnisse entsprechen.

Wie ganz wäre jeder Zweifel verschwunden, wenn der Gesetzgeber die nähmliche Norm des früher selbstständigen, nun aufgehobenen

Gesetzes, die er zur Supplirung im zweyten Gesetze bedurfte, auch in dieses zu supplirende Gesetz wörtlich abgeschrieben hätte, so, daß dieses nun mit der wörtlich aufgenommenen Stelle des ersten Gesetzes ein geschlossenes Ganzes bildete. Hier würde Niemanden eingefallen seyn, diese abgeschriebene Stelle durch das neu erschienene Gesetz verdrängen und suppliren zu wollen, und doch ist es, wie (§. 10.) erwiesen wurde, höchst gleichgültig, ob eine Norm nochmahls abgeschrieben, oder sich vom Gesetzgeber bloß darauf berufen wird a).

---

a) Schließen wir hier unser (§. 10. Anmerk. und §. 22. Anmerk.) aufgenommenes Beyspiel. Wäre es wohl nur im Geringsten zweifelhaft, ob, wenn der Gesetzgeber den Landhandelscodex aufgehoben und an dessen Stelle einen neuen erlassen hätte, er die Stelle von der gemeinschaftlichen Tragung des Schadens der Schiffsrheder aus dem neuen Landhandelscodexe supplirt haben wölle, wenn er dieses nicht insbesondere (durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung) anordnet? Wie nun, wenn er im neuen Landhandelscodexe (was freylich nur unter den seltensten Umständen begreiflich wäre) jede Landhandelsgesellschaft verböthe, und sich daher von der gemeinschaftlichen Tragung des Schadens der Handelsgesellschafter natürli-

Zweyte Abtheilung.

I. Abschnitt.

Das Quellenverhältniß des bürgerlichen Gesetzbuches zu den früher bestandenen Privatrechtsgesetzen überhaupt.

§. 25.

Die Anordnungen, welche unser bürgerliches Gesetzbuch vom Jahre 1811 über das Entstehen, die Wirksamkeit und das Erlöschen der Gesetze aufstellt, stehen durchaus in dem schönsten und innigsten Einklange mit den Grundsätzen, welche die Rechtsphiloso-

---

cher Weise gar keine Anordnung darin findet; was soll nun supplirende Quelle über die gemeinschaftliche Tragung des Schadens der Schiffsrheder seyn? Das neue Landhandelsgesetz? Was im Principe wahr ist, muß in allen nur gedenkbaren Consequenzen auf kein Absurdum führen, sonst war das Princip schon falsch und absurd.

phie über diese Gegenstände aufstellt. Wir brauchen daher nur in Kürze die hieher gehörigen §§. des b. G. B. zu berühren und dabey bloß auf dasjenige zurück zu weisen, was bereits in der ersten Abtheilung dieser Schrift über diese Gesichtspuncte gesagt wurde.

§. 26.

Die Entstehung eines Gesetzes ist nur aus dem Willen des Gesetzgebers, welcher den Unterthanen hinlänglich erkennbar ist, erklärbar; deßwegen setzt auch der 2. und 3. §. des b. G. B. die gehörig geschehene Kundmachung als Criterium der Existenz eines Gesetzes fest, mit welcher zugleich das Gesetz entstehet und bis dahin jede Norm, wenn auch ihr materieller Theil, ihr Inhalt, den Unterthanen schon lange bekannt wäre, nur ein Gesetzesentwurf bleibt, weil es erst von diesem Augenblicke an den Unterthanen erkennbar ist, daß der Gesetzgeber diese Norm auch, als seinem Willen gemäß, befolgt wissen wolle.

§. 27.

Ganz consequent dieser Ansicht fängt die Wirksamkeit eines Gesetzes nach dem §. 3. des b. G. B. in der Regel mit der Kundmachung desselben sogleich an und nur aus-

nahmsweise bleibt sie, bis zu einem spätern Zeitpuncte verschoben, wenn in dem kundgemachten Gesetze selbst, dieser Zeitpunct weiter hinaus bestimmt wird.

§. 28.

Kein Gesetz kann länger dauern als der Wille des Gesetzgebers. Aus diesem Grunde erlischt (nach dem 9. §. des b. G. B.) jedes Gesetz, wenn es vom Gesetzgeber entweder abgeändert, oder ausdrücklich aufgehoben wird. Beyde Erlöschungsarten stehen unter dem Gattungsbegriffe Aufhebung. Das Abändern bezeichnet die stillschweigende Aufhebung, welche nur dadurch geschehen kann, daß ein neues Gesetz dem ältern widerspricht und daher, je nachdem es dem ältern ganz oder zum Theile widerspricht (§. 18.), dasselbe ganz oder zum Theile aufhebt. Die ausdrückliche Aufhebung kann ebenfalls entweder das ganze frühere Gesetz, oder nur einen Theil desselben treffen, und entweder eine blosse Abschaffung oder zugleich mit einer Abänderung verbunden seyn (§. 17.).

§. 29.

Mit dieser Ansicht stimmen die Definitionen zweyer österreichischer gelehrter Schrift-

steller a) von Abänderung und Aufhebung zwar nicht überein, nach welchen ein nur theilweise außer Kraft gesetztes Gesetz abgeändert und das ganz außer Kraft gesetzte, aufgehoben heißt; allein diesen Definitionen scheinen wichtige Bedenken entgegen zu stehen.

Vorerst kommt zu betrachten, daß es sich bey der Auslegung des 9. §. des b. G. B. nicht zunächst um die Definirung des Begriffes Aufhebung ohne Beysatz handle, da der Gesetzgeber nicht den Begriff Aufhebung ohne Beysatz, sondern jenen der ausdrücklichen Aufhebung der Abänderung gegenüber stellt, wornach in der Commentation dieses §. es gar nicht einerley ist, den Begriff Aufhebung ohne Beysatz oder jenen der ausdrücklichen Aufhebung zu definiren, weil

a) Herr Hofrath von Zeiller, in seinem Commentare (I. Thl. S. 75. und 76.) und Herr Professor Scheidlein in seinem Handbuche des österreichischen Privatrechtes; Wien und Triest bey Geistinger 1814 (I. Thl. S. 11.). In der vollen Uiberzeugung der liberalen Gesinnung dieser beyden Gelehrten, nehme ich keinen Anstand, hier die entgegengesetzte Meinung zu vertheidigen.

dieser Zusatz „ausdrücklich" vom Gesetzgeber als Prädicat dem Begriffe Aufhebung beygefügt wurde.

Herr Professor Scheidlein b) scheint zwar diesen Zusatz nicht als Prädicat ansehen zu müssen, sondern nach ihm steht derselbe zu dem Zwecke da, damit man nicht wähnen soll, daß ein Gesetz ohne ausdrückliche Aufhebung, wenn der Grund desselben aufhörte, seine verbindliche Kraft verliere, woraus er den Schluß zieht, daß sich eine stillschweigende Erklärung (der Aufhebung) des Gesetzgebers nicht denken ließe. Allein einmahl läßt sich eine stillschweigende Aufhebung eines Gesetzes, wenn gleich der Satz: cessante ratione cessat lex falsch ist, gar wohl denken, wenn der Gesetzgeber, ohne ausdrückliche Erklärung, daß er das ältere Gesetz aufheben wolle, ein neues erläßt, das dem frühern widerspricht (§. 18.), in welchem Falle also der Beysatz „ausdrücklich" diesem Zwecke offenbar nicht entspricht. Ferner müßte, wenn der vom Herrn Professor Scheidlein angegebene Zweck dieses Zusatzes richtig wäre, das Wort

---

b) a. a. O.

„ausdrücklich" auch (oder vielmehr schon) bey dem Worte abändern stehen, weil, wenn Abänderung die theilweise Aufhebung bezeichnete, ja auch dieser nähmliche von ihm angegebene Zweck auf die Abänderung paßte.

Hiernach muß dieser Beysatz also allerdings als Prädicat der Aufhebung betrachtet werden, woraus dann die Behauptung von selbst sich zu rechtfertigen scheint, daß bey der Commentation des 9. §. des b. G. B. keineswegs der Begriff von Aufhebung ohne Beysatz, sondern jener von ausdrücklicher Aufhebung als Gegensatz des Begriffes von Abänderung zu definiren komme. Ist diese Voraussetzung richtig; so scheint es auch gewiß zu seyn, daß die angefochtenen Definitionen nicht mehr Platz greifen können, weil sonst, einerseits, wenn der Begriff von ausdrücklicher Aufhebung auf die nähmliche Art, wie jener von Aufhebung ohne Beysatz definirt werden dürfte, der Beysatz ausdrücklich geradezu tavtalog im Gesetze wäre, andererseits aber in dem Falle, als eine neue Verordnung einer ältern dem ganzen Inhalte nach widerspricht, folglich sie dem ganzen Inhalte

nach aufhebt, wo offenbar eine bloß stillschweigende Aufhebung vorhanden ist, diese Art Aufhebung auch unter die Rubrik „ausdrückliche Aufhebung" passen müßte.

§. 30.

Aus dieser gesetzlichen Anordnung des 9. §. des b. G. B. zeigt sich nun, daß auch nach der Ansicht des österreichischen Gesetzgebers ein früheres Gesetz nur dadurch aufgehoben werden könne, wenn ein neueres demselben widerspricht, oder wenn der Gesetzgeber die Aufhebung ausdrücklich befiehlt; daß also Gesetze nicht wie Testamente durch spätere, wenn sie mit den früheren auch ihrem Inhalte nach vereinbar wären und wenn ihre Aufhebung nicht ausdrücklich angeordnet wurde, ihre Kraft verlieren a). Somit wird nach österreichischen Gesetzen es die Pflicht des Quellenforschers seyn, ein Gesetz so lange als bestehend zu betrachten, bis aus einem der hier angegebenen Gesichtspuncte das Fortbestehen desselben nicht mehr gedacht werden kann und auch dann, wenn es auch gewiß ist, daß ein bisher in mehreren Rechtszweigen geltendes Gesetz in einer dieser Rücksichten

a) §. 713. d. b. G. B.

aufgehoben wurde, das Fortbestehen der nähmlichen Norm in allen übrigen Rücksichten, in welchen es nach diesen Ansichten nicht nothwendig als aufgehoben gedacht werden muß, zu behaupten (Vgl. §§. 22. u. 23.).

§. 31.

Die Aufhebung der früheren Gesetze durch das bürg. Gesetzbuch wird überhaupt im Kundmachungspatente desselben vom 1. Junius 1811 mit allgemeiner Ausnahme der Cammeral- Finanz- und politischen Gesetze, dann angeordnet, wenn diese den Gegenstand des b. G. B. betreffen a), ohne daß dießfalls zu unterscheiden ist, ob die Anordnungen des bürgerlichen Gesetzbuches jenen der früheren Gesetze über einen solchen Gegenstand widersprechen, oder nicht. Wenn demnach wirklich nach dem Inhalte beyder Anordnungen eine Nebeneinanderbefolgung derselben ganz leicht möglich wäre; so ist demungeachtet das frühere Gesetz auch in dieser Rücksicht selbst in dem Falle gänzlich aufgehoben, wenn auch das bürgerliche Gesetzbuch die Materie nicht ganz erschöpft hätte, weil in einem solchen Falle nach dem 7. §.

---

a) 4. Absatz des K. M. P. „Dadurch u. s. w.

des b. G. B. die mangelnde Entscheidung aus der Analogie und dem Naturrechte hergeholt werden muß. Da nun bey dieser Vorschrift des Kundmachungspatentes des b. G. B. eine ausdrückliche Aufhebung der früheren, sich auf die nähmlichen Gegenstände desselben beziehenden Gesetze vorhanden ist; so braucht der österreichische Jurist keine stillschweigende Aufhebung derselben nachzuweisen.

§. 32.

Hiernach sind auch die über besondere Privatrechtszweige bestehenden Gesetze unter dieser Regel begriffen und daher allerdings, wenn sie den nähmlichen Gegenstand mit dem bürgerlichen Gesetzbuche behandeln, von diesem aufgehoben, wenn nicht dasselbe selbst sie ausnahmsweise gegen diese Regel aufrecht erhält.

Allein der Umstand, daß das bürgerliche Gesetzbuch sich in der Regel nur (S. §. 1. d. Abh.) mit den Verhältnissen des gemeinen bürgerlichen Lebens beschäftigt, die Normirung ungewöhnlicher solcher Verhältnisse aber den besonders darüber bestehenden Gesetzen überläßt und auch in der Regel nur die Frage, w a s Rechtens sey und nicht

jene, wie das Recht durchgesetzt werde, behandelt, macht, daß im Allgemeinen diese über besondere Privatrechtszweige bestehenden Gesetze dadurch nicht aufgehoben sind, weil sie von diesem verschiedene Gegenstände normiren, obschon sie keineswegs von der Aufhebung in jenen einzelnen Fällen frey sind, in welchen das b. G. B. auch in ihr Gebieth ausgewichen ist.

In wiefern nun diese für besondere Privatrechtszweige bestehenden früheren Gesetze von der Derogation des bürgerlichen Gesetzbuches frey bleiben, oder nicht, ist der Gegenstand der nun folgenden Abschnitte dieser Abhandlung.

II. Abschnitt.
Das Quellenverhältniß des bürgerlichen Gesetzbuches zum Lehenrechte.

§. 33.

Vor der Erscheinung des b. G. B. unterlag es keinem Zweifel, daß die gesetzlichen Hauptquellen, aus denen der österreichische Jurist seine Entscheidungen für Lehenangelegenheiten zu entnehmen hatte, die vaterländischen für einzelne Provinzen und Lehenhöfe ergangenen Gesetze und Lehengnaden, das longobardische Lehenrecht, der 20. Titel des 3. Buches der Decretalen Gregors IX. (de feudis) und die II. F. 1. ausdrücklich bestättigten Lehengewohnheiten (consuetudines, mores) gewesen seyen, womit alle österreichischen Lehenrechtsgelehrten übereinstimmten a). Nach der Erscheinung des b. G. B.

a) Vgl. die Erläuterung des longobardischen, deutschen und österreichischen Lehenrechtes nach Böhmers Principien und den Vorlesungen an der Wiener hohen Schule von F. Ch***. Wien, bey Wappler und Beck 1801. (S. 64--69. u. 75--76.).

konnte zwar aus der Stelle des Kundmachungspatentes, welche das gemeine Recht und aus dem §. 10. desselben, welcher im Allgemeinen das Gewohnheitsrecht aufgehoben erklärte, bis man das ganze b. G. B. durchgegangen hatte, die Meinung entstehen, daß nun sowohl das longobardische Lehenrecht und der 20. Titel des 3. Buches der Decretalen de feudis im canonischen Rechte, weil beyde mit dem römischen Rechte unter den Nahmen der gemeinen Rechte begriffen wurden b), als auch die bis dahin mit Gesetzeskraft bestandenen Lehengewohnheiten aufgehoben seyen. Allein, wie man bis zum §. 359 des b. G. B. fortgeschritten war; so zeigte sich sogleich der Ungrund dieser Behauptung, da dieser §. ausdrücklich das von dem b. G. B. abgesondert bestehende Lehenrecht bestättigt c) und dadurch den Beweis liefert, daß das gemeine Lehenrecht nicht unter dem Ausdrucke „gemeines Recht" begriffen sey, sondern noch, wie bisher, fort-

---

b) S. Thibauts System des Pandectenrechtes; 2. Aufl. Jena bey Mauke 1805 (I. B. S. 10. §. 13).

c) §. 359. des b. G. B. — — — „Von dem Lehen wird in dem besonders bestehenden Lehenrechte — — gehandelt."

nn allgemeine Hauptquelle des Lehenrechtes bleibe, und daß als solche auch die bis dahin gesetzlich überhaupt bestättigten Lehengewohnheiten nicht aufgehoben wurden d). Die Frage also, welche Gesetze gegenwärtig bey uns Hauptquellen des Lehenrechtes seyen, ist kurz und ohne Zweifel mit der Antwort abgethan, daß das b. G. B. an den früher bestehenden Hauptquellen nichts geändert habe.

§. 34.

Nicht so leicht scheint die Frage gelöst zu seyn, welches Gesetz gegenwärtig die sub.

---

d) Hiemit stimmt auch der neueste über das österreichische Lehenrecht erschienene Schriftsteller Freyherr von Heinke, in seiner „kurzen Darstellung des in den deutschen öster. Erbstaaten üblichen Lehenrechtes;" Wien bey Bauer, 1813 (S. 24—26, 74, 106, 156, 172, 224.), überein. Zur Vermeidung möglicher Mißverständnisse wird bemerkt, daß die Lehengewohnheiten nur deßwegen verbindliche Kraft haben, weil sie im longobardischen Lehenrechte bestättiget werden und nicht, als ob sie für sich verbindende Kraft hätten, welche ihnen nur der Wille des Gesetzgebers beylegt, dem sie das Material liefern, wodurch diese Ansicht ganz im Einklange mit den früher (§. 6.) vorgetragenen Grundsätzen steht.

sidiarische Quelle des Lehenrechtes sey; ob noch immer wie früher das römische Recht, oder seit 1. Jänner 1812 das b. G. B. in dieser Beziehung anzuwenden sey a). Nach

---

a) Freyherr von Heinke behauptet in seinem angeführten Werke (§. 7. Note d.), daß ohne weiters nun die Stelle des R. R. das b. G. B. einnehme und das erste gar keine Quelle des Lehenrechtes in Oesterreich mehr sey. Bey aller Hochachtung, die ich diesem Gelehrten zolle, muß ich doch geradezu diese Behauptung bestreiten, was er selbst genehmigen wird, wenn er seinen §. 68 mit dieser Behauptung vergleicht, wo er selbst sagt: „Die Realisirung (des Successionsrechtes) „hängt zu Folge des dießfalls ausdrücklich durch die Gesetze (II. F. 37.) in subsidium bestimmten R. R. von der mindern oder größern Entfernung vom letzten Besitzer ab." Hat das R. R. in der Successionsordnung nach II. F. 37. Anwendung, wo der Ausdruck „in legibus" gar nicht mit absoluter Gewißheit für das R. R. spricht, weßwegen diese Auslegung häufig und insbesondere von Fischer, Biener, Preuschen u. s. w. bestritten worden ist; so scheint wohl kein Grund zu zweifeln vorhanden zu seyn, daß nach II. F. 1., worin mit viel unzweifelhafterer Deutlichkeit das R. R. zur Supplirung für das ganze Lehenrecht

reifer und genauer Erwägung scheint es auch bey dieser Frage keinem Zweifel zu unterliegen, daß hier noch immer die frühere supplirende Quelle angewendet werden müsse und das b. G. B. von der Supplirung des Lehenrechtes ausgeschlossen sey.

§. 35.

Das Raisonnement, worauf sich diese Behauptung gründet, fließt aus der voraus gesendeten Theorie (§. 8—10, 22 u. 23.), aus dem §. 359 des b. G. B. und aus den Lehentexten II. F. 1, a) und 37. b) ist folgendes.

---

bestimmt wird, auch noch fortan dieses supplirende Quelle des Lehenrechtes bleibe.

a) II. F. 1. „Causarum, quarum cognitio fre„quenter nobis committitur, aliae dirimuntur ju„re romano: aliae (vero) legibus Longobardo„rum, aliae autem secundum regni consuetudi„nem." — — — Legum autem Romanarum non est vilis auctoritas: sed non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant aut mores" etc.

b) II. F. 37. — — — „ad agnatum proximio„rem Feudum pertinebit, si paternum fuerit: „eodem prorsus observando quantum ad ordi„nem gradus, qui continetur in legibus."

Der §. 359. des b. G. B. bestättigt im vollen Umfange das neben dem bürgerlichen Gesetzbuche abgesondert bestehende Lehenrecht, ohne einzelne Stellen desselben, in sofern sie bloß von dem Lehen handeln und nicht allenfalls andere Bestimmungen enthalten, insbesondere aufzuheben. Es kömmt demnach bloß darauf an, zu zeigen, was bis zur Erscheinung des b. G. B. Quelle der lehenrechtlichen Entscheidungen war. Der Lehentext II. F. 1. nimmt ausdrücklich das R. R. als supplirende Quelle des Lehenrechtes im Allgemeinen und jener II. F. 37. nimmt dasselbe als supplirende Quelle der Successionsordnung insbesondere in das Lehenrecht auf. Wollen wir nun der oben aufgestellten Theorie getreu bleiben; so müssen wir nothwendig behaupten, daß durch diese Reception das R. R. in zwey Rücksichten zu betrachten komme; einmahl als selbstständiges Gesetz und zweytens als integrirender Theil des L. R., in welcher letzten Beziehung es selbst (durch diese Reception) Lehenrecht geworden ist. (Vergl. oben §§. 8, 9 und 10). Wenn nun auch durch das Kundmachungspatent des b. G. B. das R. R. unter dem Ausdrucke „gemeines Recht" als selbstständige Quelle aufgehoben wurde; so gilt es denn doch noch

immer als L. R. Denn es ist schon oben (§. 33.) bewiesen worden, daß unter diesem Ausdrucke das L. R. nicht begriffen sey, weil er sonst mit dem §. 359 im Widerspruche stünde; da nun das R. R., in sofern es in das L. R. aufgenommen wurde, auch selbst ein integrirender Theil des Lehenrechtes geworden ist; so muß auch von ihm in dieser Beziehung gelten, was im Allgemeinen von dem Lehenrechte gilt.

§. 36.

Dagegen wird man nun höchst wahrscheinlich sagen, das R. R. sey bey uns ohne alle Beschränkung aufgehoben, also auch dort, wo es früher als Subsidiarquelle galt; wer nun diese Beschränkung behaupte, müsse sie erst beweisen. Diesen Beweis zu liefern (daß nähmlich das R. R. nur mit dieser Beschränkung aufgehoben sey) dürfte wohl nicht aus dem bereits Gesagten schwer halten. Er liegt ganz einfach darin, daß das b. G. B. sich sonst, wenn diese Beschränkung nicht angenommen würde, selbst widerspräche. Denn einmahl hätte es das L. R. im ganzen Umfange bestättigt, so weit es sich auf Lehen bezieht, und dann würde es doch jenen Theil des Lehenrechtes aufheben, der aus dem R. R. da-

hin aufgenommen wurde. Ja sogar selbst jene Stellen (II. F. 1. und 37.), welche das R. R. aufnehmen, würden dann als aufgehoben erscheinen; daß aber einzelne Titel eines im Allgemeinen ohne ausdrückliche Beschränkung bestättigten Gesetzes aufgehoben seyen, hätten die Gegner zu beweisen.

Hätte der Gesetzgeber, jede einzelne Stelle des R. R., die früher zur Supplirung des longobardischen L. R. diente, auch in die consuetudines feudorum abgeschrieben; so wäre wohl Niemanden der Satz zu behaupten eingefallen, daß diese Stellen, obschon sie aus dem R. R. entlehnt, folglich materiell doch R. R. sind, auch aufgehoben seyen, wenn das R. R. aufgehoben, das L. R. aber bestättiget wurde und dennoch ist (wie §§. 10. und 23. gezeigt wurde), nicht der mindeste Unterschied in Rücksicht der Gesetzeskraft einer Norm, ob sie hier oder dort steht, ob sie bloß einmahl oder tausendmahl von Gesetzgeber abgeschrieben wurde; genug, wenn nur der Gesetzgeber seinen Willen deutlich erklärte, daß diese Norm, sie stehe wo immer, auch hier gelten soll.

§. 37.

Es dürfte vielleicht auffallen, warum, da

das b. G. B. von der Supplirung des Lehenrechtes ausgeschlossen wird, nicht ebenfalls noch als supplirende Quelle des letztern das canonische Recht da stehet, welches doch von jeher allgemein, so gut als das R. R., ja in manchen Materien sogar mit dem Vorzuge vor diesem, unter die Subsidiarquellen des Lehenrechtes gezählt wurde a). Daß dasselbe häufig darunter gezählt wurde und auch diese Behauptung in den Werken der meisten Schriftsteller b) gefunden werde, ist nicht zu

---

a) Es ist hier nur die Rede vom canonischen Rechte als Subsidiarquelle des Lehenrechtes, nicht aber vom oben bemerkten 20. Titel des 3. Buches der Decretalen Gregor des IX., welcher Hauptquelle ist.

b) Vgl. Tractatus in jus feudale a *Joanne Christophoro Schambogen*; Pragae, Typis Labaun; 1695. (pag. 14—22.)

Georgii Adami Struvii syntagma juris feudalis; editio 8va. Francofurti ad Moenum, Typis M. Jacqueti; 1703. (pag. 41.)

D. J. Jac. Mascovii de jure Feudorum in imperio Romano-germanico liber; editio altera. Lipsiae apud Breitkopf, 1754. (pag. 160. §. 3. nota 1.)

Georgii Lud. Boehmeri principia juris feudalis; editio 3. Goettingae, 1775. (pag. 5. §. 9.)

läugnen; wenn man aber die Gründe derselben prüft; so scheint sie ihre Ausbreitung mehr dem Ansehen berühmter Feudisten, als haltbaren Gründen zu verdanken.

§. 38.

Das einzige, was sich mit einigem Gewichte dafür anführen läßt, ist der Gerichtsgebrauch, vermöge welchem das C. R. dort, wo es sich um eine Gewissenssache, die mit dem rechtlichen Verhältnisse unterläuft, handelt, den Vorzug in der Reception vor dem R. R. erhalten habe, wie z. B. in der Materie von der Verjährung. Abgesehen davon, daß der Gerichtsgebrauch nach richtigen Principien keine Gesetzeskraft hat und auch nie haben konnte, wenn nicht denselben bestätigende Gesetze vorhanden sind, welche in dem gegenwärtigen Falle nicht so leicht nachzuweisen seyn dürften, besonders da die Kammergerichtsordnung vom Jahre 1495 alle drey Rechte, das römische, canonische und

---

Schnauberts Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehenrechtes; Braunschweig, 1784. (S. 10.).

Das allgemeine deutsche Lehenrecht von Franz Xav. Gmeiner; Graz bey Ferstl, 1795. (S. 57.)

longobardische, das gemeine Recht nennt (was durch die Reichshofrathsordnung vom 16. März 1654, Tit. 8. §. 24 außer Zweifel gesetzt wird), ohne dem einen von dem andern den Vorzug einzuräumen; abgesehen ferner davon, daß dieser Gerichtsgebrauch immerhin auch seine bedeutenden Gegner fand a); so wird man doch nie beweisen können, daß das canonische Recht als angebliche Subsidiarquelle des longobardischen Lehenrechtes dieser Hauptquelle selbst derogire b) und vor dieser in der Reception den Vorzug erhalten habe, was doch bewiesen werden müßte, um dem C. R. als supplirender Quelle in das longobardische L. R. Eingang zu verschaffen. Denn die Lehentexte sprechen zu bestimmt für die Annahme des R. R. in die consuetudines feudorum im ganzen Umfange und ignoriren das C. R. dergestalt, daß man unmöglich fragen kann, ob nicht allenfalls statt einzelnen

---

a) Vgl. Thibauts a. W. (§. 35. not. 2.)

b) Daß das C. R., 3. Buch 20. Tit. der Decretalen Gregor IX. de feudis bey Kirchenlehen vor dem long. L. R. den Vorzug habe, ist nicht zu bezweifeln; allein dort gilt es nicht als Subsidiar-, sondern als Hauptquelle.

Stellen des R. R. das C. R. recipirt geworden sey. Ist nun das ganze römische Recht ohne Ausnahme einzelner Stellen in das Lehenrecht aufgenommen; so bleibt natürlich kein Platz für die Anwendung des C. R. in Subsidium. Wer dasselbe demungeachtet an einzelnen Orten statt des R. R. in das longob. L. R. eindrängen wollte, müßte also allerdings zuvörderst beweisen, daß das C. R., obwohl es bloß in Subsidium im Lehenrechte gelten soll, sogar (in sofern nähmlich wegen der Annahme des C. R. jene Stelle des longob. L. R., welche das R. R. im ganzen Umfange aufnimmt, beschränkt würde) der Hauptquelle derogire, was offenbar gegen die Natur einer Hülfsquelle läuft. Daß aber das longobardische Lehenrecht nur das römische allein und nicht auch das canonische aufgenommen habe, läßt sich ganz deutlich aus dem Inhalte des Lehentextes II. F. 1., der immer nur von den legibus romanis und dem jure romano spricht, noch viel sicherer aber aus der Bemerkung erweisen, daß das C. R. zur Zeit c), als Obertus ab

c) Die Sammlung des unbekannten Mayländers, welche gegenwärtig noch Gesetzeskraft hat, fällt, wie Böhmer (in seinen observat. jur.

Orto diesen Lehentext als Brief an seinen Sohn Anselm niederschrieb d), noch nicht einmahl in den Schulen, viel weniger in den Gerichtshöfen platz gegriffen hatte, da das Decret Gratians erst im Jahre 1151 verfertigt und erst im Jahre 1152 vom Pabste Eugen III. den Lehrern der Universität zu Bononien darüber zu lesen erlaubt wurde e).

---

feud.; obs. I. de aetate collect. consuet. feud.) ausführlich bewiesen hat, zwischen das Jahr 1158 bis 1168, wobey ich fast sagen möchte, daß man aus wahrscheinlichen Gründen behaupten dürfe, die Entstehung desselben falle zwischen 1158 und 1160, weil sonst der Sammler wohl auch spätere Gesetze Friedrichs I. aufgenommen haben würde, als vom Jahre 1158. Diese Sammlung folgte erst auf die des Obertus ab Orto und Gerardus Capagistus, die sonach älter ist, als jene und diese Sammlung wurde vom Obertus seinerseits, erst aus den Briefen, die er an seinen Sohn noch früher geschrieben hatte, gemacht. Hieraus folgt nun, daß die Textirung des Lehentextes II. F. 1. bedeutend älter ist, als die Sammlung des unbekannten Mayländers.

d) Vgl. Selchow's Geschichte der in Deutschland geltenden fremden und einheimischen Rechte. 3. Aufl. Göttingen bey Bossiegel, 1778. (S. 397. §. 358.)

e) Just. Henr. Boehmeri dissertatio praelimi-

Früher als man über dieses Decret Gratians zu lesen anfing, lehrte man bloß römisches Recht; es war daher damahls das C. R. noch viel zu wenig allgemein gekannt und betrieben, um in die Gerichtshöfe Eingang gefunden zu haben und es läßt sich erweisen, daß dasselbe erst aus den Schulen in die Gerichtshöfe übertragen wurde f); Obertus berichtet seinem Sohne aber, was dazumahl schon in den Lehenhöfen als geschriebenes Gesetz galt und dieser Brief ist offenbar, da er ziemlich lange vor der Sammlung des unbekannten Mayländers fällt, älter, als das Decr. Gratians. Unter der lex scripta, von welcher der Lehentext II. F. 1. spricht, läßt sich also durchaus kein anderes, als das R. R. verstehen.

§. 39.

Die Ursache, warum man so sehr strebte, dem C. R. als Subsidiarquelle in das L. R. Eingang zu verschaffen, war ohnehin bloß die, um die Lehenverjährung daraus suppli-

---

naris de varia decreti Gratiani fortuna; vor dem ersten Theile seines corp. jur. canonici (§. 12. not. g. p. 13.).

f) S. Selchow's ang. Werk (§. 125.) und Pehem's Vorlesungen über das Kirchenrecht. Wien bey Doll 1802. (I. B. S. 923.)

ten zu können, weil nach dem R. R. zur Verjährung von 30 Jahren kein bona fides erfordert wird, welche nach dem C. R. auch bey einer Verjährung der langen Zeit nothwendig ist. Allein gerade hier ist jede Supplirung des L. R. überflüßig, da der Lehentext II. F. 52. §. 3. in jeder Beziehung des Lehenverhältnisses jedes malum ingenium und jede fraus verbannet, folglich wohl auch bey der Erwerbung des Lehens jeder Betrug und jede böse Absicht verbothen seyn muß, woraus sich die Nothwendigkeit der bona fides bey der Verjährung von selbst ergibt. Der Einwurf, daß diese Stelle zu allgemein sey a), scheint nicht hinlänglich zu seyn, da die höchste Allgemeinheit eines Satzes keine der darunter subsumirbaren Fälle ausschließt. Zu allgemein kann daher kein Gesetz für darunter passende Fälle seyn, um ihre Subsumtion auszuschließen. Gerade weil dieser Lehentext so allgemein ist; so paßt er auch auf die Verjährung. Zudem wäre auch die Nothwendigkeit des guten Glaubens aus der Natur des Leheninstitutes ohne Einmengung des C. R. erschließlich,

a) Siehe die ang. Erläuterungen der Wiener hohen Schule (S. 350.)

weil sonst der Vasall oder der Lehensherr schon bey der Uiberkommung des Lehens eine eigentliche Felonie, durch dolose Beschädigung des Vasallen oder Lehensherrn an seinen Gütern (jenachdem der Lehensherr das Obereigenthum oder der Vasall das Nutzeigenthum erschleichen wollte) begienge und sich dadurch allein schon des Lehenbesitzes unwürdig und unfähig machte. — Da nun die Annahme des C. R. als Subsidiarquelle des L. R. nicht nöthig erscheint; so läuft die Sache ohne dieß auf einen bloß scholastischen Streit ohne practisches Interesse hinaus.

§. 40.

Aus dem Gesagten erhellet, daß, wo das long. L. R. irgend einer Supplirung bedarf, das R. R. noch immer wie zuvor als Subsidiarquelle desselben eintrete, da das canonische Recht niemahls supplirende Quelle war, und das bürgerliche Gesetzbuch nach den eigenen Worten desselben gegenwärtig zu diesem Zwecke nicht angewendet werden darf.

§. 41.

Zur Anschaulichkeit der bisher vorgetragenen Grundsätze, daß das b. G. B. weder zur Supplirung des Lehenrechtes gebraucht,

noch demselben in lehenrechtlichen Gegenständen ein derogativer Einfluß auf unsere bisherige Hauptquelle des Lehenrechtes zugestanden werden könne, wollen wir einige auffallende Beyspiele anführen und dadurch auch practisch zeigen, daß unsere Ansicht die einzig anwendbare sey.

Betrachten wir zu diesem Behufe zuvörderst die Succession bey den Lehen. Wer es nun versuchen wollte, das bürgerliche G. B. hier die Stelle des R. R. einnehmen zu lassen, der hätte eine nicht zu lösende Aufgabe auf sich genommen. Einmahl kennt unser b. G. B. keine Gradualsuccession, da dasselbe, das aufgestellte Repräsentationssystem streng consequent durch alle sechs Linien durchführt, ohne von der Nähe des Grades sich nur im Mindesten beirren zu lassen und im L. R. II. F. 37. wird doch ausdrücklich eine Successi on secundum ordinem gradus gefordert, weßwegen durch den nähmlichen Text das R. R., welches davon ausführlich handelt, zu Hülfe gerufen wird. Ferner kennt unser G. B. keine Succession der Seitenverwandten, als solcher, sondern diese succediren nur, gemäß des Repräsentationssystems als Repräsentanten ihrer Ascendenten; das L. R.

hingegen fordert ausdrücklich in Ermangelung der Descendenz eine Succession a latere a) von der agnatis ulterioribus b) und der proximioribus c). Endlich ist die Erbfolge nach dem b. G. B., welche in Ermangelung der Descendenz eintritt, nur eine Erbfolge der Ascendenten und ihrer Repräsentanten, welche doch durch das Lehenrecht d) ausdrücklich ausgeschlossen werden e).

§. 42.

Nicht minder klar, als bey der Succession, ist die Unanwendbarkeit des bürgerlichen G. B. auf andere lehenrechtliche Gegenstände, aus welchen wir nur das einzige Einstands- und Vorkaufsrecht herausheben wollen, weil besonders in dieser Beziehung würdige Gelehrte a) eine Abrogation der Lehengesetze

---

a) II. F. 31.

b) II. F. 11.

c) II. F. 24.

d) II. F. 50.

e) Man lese hierüber im II. Theile des B. G. B. das XIII. Capitel von der gesetzlichen Erbfolge §§. 735 — 751 nach.

a) Siehe die angeführten Erläuterungen der Wiener hohen Schule (S. 432) und des Freyherrn v. Heinke angeführte Darstellung u. s. w. (S. 233).

durch neuere Anordnungen behaupten. Daß nach den Lehengesetzen ein Einstands- und Vorkaufsrecht dem Lehenherrn und den Lehenfolgern gebühre, davon liefern die Lehentexte II. F. 3. §. 1., II. F. 9 §. 1. und II. F. 26. §. 13. die hinlänglichen Beweise. Allein man behauptet, daß dieselben durch das Patent vom 15. July 1786, Hofdecret vom 23. October 1786, Patent vom 8. May 1787 und 27. April 1787 dann durch das neue b. G. B. §§. 1140 und 1141 aufgehoben worden seyen, weil hiedurch das Einstands- und Vorkaufsrecht im Allgemeinen aufgehoben wurde. Diese Behauptung verschwindet aber bey genauerer Würdigung dieser Gesetze. Das Patent vom 15. July und das Hofdecret vom 23. October 1786 sprechen nur von dem Einstands- und Vorkaufsrechte bey öffentlichen Versteigerungen; die Patente vom 8. May 1787 und 27. April 1787 nur von dem in den Landesgesetzen und Landesgewohnheiten gegründeten Einstands- und Vorkaufsrechte und beyde diese letztern bestimmen so wie die §§. 1140 und 1141 des b. G. B. ausdrücklich, daß von diesen Gesetzen das vertragsmäßige Vorkauf- und Einstandsrecht ausgenommen sey. Hiernach ist wohl kein Zweifel, daß das lehen-

rechtliche Einstands- und Vorkaufsrecht noch immer unbeirrt durch diese Gesetze fortbestehe, da jedes aus dem Lehenverhältnisse entspringende Recht, folglich auch das Einstands- und Vorkaufsrecht ein vertragsmäßiges ist, weil das ganze Lehenverhältniß mit allen seinen Folgen nur aus dem Lehenvertrage entspringt.

Uiberdieß kann aus dem §. 1140 des b. G. B. um so weniger eine Derogation des lehenrechtlichen Einstands- und Vorkaufsrechtes geschlossen werden, da dieser §. von Erbpacht- und Erbzinsverträgen spricht und der §. 359 ausdrücklich durch die Worte: „von dem „Lehen wird in dem besonders „bestehenden Lehenrechte; von „den Erbpacht- und Erbzinsgü„tern aber in dem Hauptstücke „von den Bestandverträgen ge„handelt," die Verfügungen über Lehen denen, über die letztern Güter entgegengesetzt, woraus sich mit Nothwendigkeit der Schluß ergibt, daß auf lehenrechtliche Gegenstände die Analogie der über Erbpacht- und Erbzinsgüter bestehenden Gesetze nicht anwendbar sey, weil die Ziehung einer Analogie durch diese gesetzliche Entgegen-

setzung von beyden Gattungen der Gesetze unmöglich wird, indem eine von dem Gesetze selbst entgegengestellte Anordnung, begreiflicher Weise, wohl nicht zu den verwandten Gesetzen gerechnet werden darf, aus denen allein, nach dem 7. §. des b. G. B. eine Analogie entnommen werden kann.

Zudem wird selbst von den die entgegengesetzte Meinung vertheidigenden Schriftstellern b) das b. G. B. nur als Subsidiarquelle des Lehenrechtes dargestellt, das demnach als solche unmöglich der Hauptquelle derogiren kann.

Endlich sind bey den bereits bestehenden Lehen für den Lehensherrn und die Lehenfolger die ihnen zustehenden Vorkaufs- und Einstandsrechte bereits erworben gewesen, als das b. G. B. in seine Wirksamkeit trat; die Geltendmachung dieser Rechte, wenn sich der Fall hiezu auch erst nach der Wirksamkeit des b. G. B. ereignet, ist demnach nur ein Ausfluß der bereits gesche-

b) S. des Freyherrn von Heinke ang. Darstellung u. s. w. (§. 7; 4)).

henen und keiner neuen Erwerbung; es kann, daher auf diese Fälle nach dem §. 5. des b. G. B. dasselbe schon deßwegen nicht angewendet werden, weil man sonst gegen diesen §. dem b. G. B. eine rückwirkende Kraft zuschreiben müßte.

§. 43.

Wir haben nun gehört, daß dem b. G. B. ein supplirender Einfluß und eben so eine aufhebende Kraft auf die Lehengesetze in so fern sie bloß von dem Lehen handeln, abzusprechen sey; allein demungeachtet behauptet dasselbe einen doppelten höchst wichtigen Einfluß auf das Lehenrecht, nähmlich einen limitirenden und präjudiciellen, welcher hier noch darzustellen ist.

§. 44.

Der limitirende Einfluß des b. G. B. auf das Lehenrecht äußert sich dort, wo die Verfügungen der Lehengesetze in das Gebieth des allgemeinen bürgerlichen Rechtes ausschweifen und somit Anordnungen enthalten, welche nicht mehr das Lehenverhältniß, sondern andere bürgerliche Gegenstände betreffen, die außer der Sphäre des Lehenrechtes liegen. Denn nur in sofern das Lehen-

recht von Lehen handelt, wurde es durch den 359. §. des b. G. B. bestättigt; wie es aber diese Grenze überschreitet, fällt es in die Classe jener Gesetze, welche sich auf Gegenstände des allgemeinen bürgerlichen Rechtes beziehen und daher durch den 4. Absatz des Kundmachungspatents des b. G. B. aufgehoben worden sind.

Solche Fälle, wo sich das longobardische Lehenrecht in die allgemeine bürgerliche Gesetzgebung einmischt und wo es daher offenbar dem allgemeinen bürgerlichen Rechte weichen muß, sind gar nicht selten. Nehmen wir nur den einzigen 26. Titel des II. Buches der consuetudinum feudorum als Beyspiel an. In diesem Titel allein finden sich zwey Stellen, die offenbar dem Lehenrechte fremd sind und in das Gebieth des allgemeinen bürgerlichen Rechtes gehören. Die erste dieser Stellen betrifft das Erbrecht der Kinder auf die nicht lehenbare Verlassenschaft der Mutter, in welcher Beziehung es heißt: „Mulier habens feudum, relictis filiis ex duobus matrimoniis decessit: inter quos feudi quaestio *aliarumque rerum maternarum* vertebatur: obtinuit filios prioris matrimnoii tam in feudo *quam in caeteris* potiores

„esse." Der zweyte betrifft das Recht die Gewährleistung zu fordern und sagt: „si „vasallus feudum alienavit ignorans: non „Domino, sed ipsi vasallo feudum resti- „tuendum est: *ad interesse vero emptori „ignoranti condemnandus est vasallus.*" Ganz gewiß können die beyden in diesen Lehentexten enthaltenen Entscheidungen, in sofern es sich in der ersten um das Erbrecht der Kinder erster und zweyter Ehe auf das Allodialvermögen der Mutter (aliarum rerum maternarum) und in der zweyten um die dem redlichen Käufer gebührende Entschädigung handelt, nicht mehr als gesetzeskräftig angesehen werden, da offenbar beyde Entscheidungen dem allgemeinen bürgerlichen Rechte angehören.

§. 45.

Der präjudicielle Einfluß des b. G. B. auf das Lehenrecht wird dort wirksam, wo eine lehenrechtliche Entscheidung das Bestehen eines gewissen Zustandes oder Verhältnisses voraussetzt, worin der Leheninteressent abgesehen von dem Lehenverbande steht. Die Entscheidung über solche Vorfragen gehört ausschließend in das Gebieth des bürgerlichen Gesetzbuches und das Lehenrecht

knüpft nur an sie die dafür aus dem Lehenverhältnisse hervorgehenden Folgen, ohne sich darum zu kümmern, auf welche Art diese Vorfragen von dem Gesetzbuche gelöst wurden. Je nachdem nun über diese Zustände oder Verhältnisse in dem allgemeinen bürgerlichen Rechte auf eine oder die andere Art entschieden ist, wird auch die lehenrechtliche Entscheidung für einzelne Fälle verschieden seyn, weil das Lehenrecht nur darüber abspricht, was dann Rechtens sey, wenn ein gewisser durch das allgemeine bürgerliche Recht bestimmter Zustand vorhanden ist, oder nicht. So z. B. sagt der Lehentext II. F. 26., daß uneheliche Kinder nicht succediren, eben so schließt der Lehentext II. F. 29. die Kinder aus einer Ehe zur linken Hand von der Lehensuccession aus. Beyde diese Entscheidungen setzen die Lösung der Vorfragen voraus, wer als uneheliches Kind, und welche Ehe als eine zur linken Hand anzusehen sey, die natürlicher Weise, da weder der Zustand der Geburt noch jener der Ehe aus dem Lehenverhältnisse entspringt, nicht aus dem Lehenrechte, sondern nur aus dem bürgerlichen Gesetzbuche entnommen werden kann. Wenn nun das b. G. B. einen Descendenten des ersten Erwerbers als ehelich erklärt, wird ihn

das Lehenrecht zur Lehensuccession zulassen; und wenn umgekehrt jenes ihn als unehelich erklärt, wird ihn dieses davon ausschließen a). Die Frage aber, ob die Kinder aus einer Ehe zur linken Hand, in das Lehen succediren, kann bey uns in Oesterreich gar nicht mehr gestellt werden, weil wir, Dank sey es den aufgeklärten Ansichten und der Rechtlichkeit unserer Gesetzgeber, seit langer Zeit keine solche Heirath mehr kennen.

---

a) Ich spreche hier nicht von den, den ehelichen Kindern gesetzlich gleich gehaltenen, folglich auch nicht von legitimirten Kindern, denen die Lehengesetze ausdrücklich die Lehensuccession absprechen (II. F. 26.).

III. Abschnitt.

Das Quellenverhältniß des bürgerlichen Gesetzbuches zum Handlungs- und Wechselrechte.

§. 46.

Wir haben zur Bestimmung dieses Verhältnisses eine ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers im Kundmachungspatente des b. G. B. Es heißt nähmlich dort: „Handels- und Wechselgeschäfte werden nach den besondern Handels- und Wechselgesetzen, in sofern sie von den Vorschriften dieses Gesetzbuches abweichen, beurtheilt." Hiedurch ist nun das b. G. B. nicht ganz von der Beurtheilung aller bey dem Handelsbetriebe vorkommenden Geschäfte ausgeschlossen, sondern nur in sofern, als es sich 1) um wirkliche Handlungs- und Wechselgeschäfte handelt, also nicht in sofern oft mit Handels- und Wechselgeschäften auch Geschäfte des gemeinen bürgerlichen Lebens verbunden erscheinen; 2) als die über

Handels- und Wechselgeschäfte besonders bestehenden Vorschriften von den Anordnungen des b. G. B. abweichen.

§. 47.

Aus diesen Prämissen erhellet zuvörderst die Nothwendigkeit, die eigentlichen Handels- und Wechselgeschäfte genau von andern Geschäften des gemeinen Lebens zu trennen, die oft mit jenen sehr enge verbunden sind, und daher auch meistens von dem ungeübteren Beobachter für ein und das nähmliche Geschäft angesehen werden. So z. B. läuft am Ende aller Handel auf einen Kauf oder Verkauf hinaus. Wem wird nun wohl einfallen, wenn gleich die Vorfrage, wer den Handel mit diesen gekauften oder verkauften Waaren treiben dürfe, rein ein Gegenstand der Handelsgesetze ist, daß der Kaufcontract, welcher zwischen dem Handelsmanne und seinen Kunden vor sich geht, ein Handelscontract sey? Dieser bleibt, er mag geschlossen werden von wem immer, doch immer ein Contract des allgemeinen bürgerlichen Rechtes, der daher auch immer nur nach diesem und niemahls nach besonderen Handelsgesetzen beurtheilt werden darf.

§. 48.

Ein eigentliches Handelsgeschäft ist ausschließend dasjenige, welches nur von einem Handelsmanne als solchem unternommen werden kann; so wie auch in den Umfang des Handelsrechtes nur der Inbegriff derjenigen Rechte und Verbindlichkeiten gehört, welche dem Handelsmanne ausschließend nur als solchem und keinem Andern als einem Handelsmanne zukommen können. Hierin liegt die einzig mögliche Grenze des Handlungsrechtes, ohne welche man Gefahr läuft, am Ende die ganze gemeine bürgerliche Gesetzgebung und positive Handelspolitik nicht minder, als die Fracht- und Zollgesetze in das Handlungsrecht aufnehmen zu müssen. Der Umfang des eigentlichen Handlungsrechtes ist demnach sehr klein und würde, wenn man die demselben bisher eingeschalteten Frachtgesetze (zur See a) und zu Lande), so wie die Anordnungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes, die beyde einem strengen Systeme des Handlungsrechtes fremd

---

a) Aus diesem Grunde halte ich das Seerecht, das allgemein zum Handlungsrechte gerechnet und darin behandelt wird, für keinen Theil desselben.

sind, weglassen wollte, auf wenigen Blättern erschöpft werden können.

§. 49.

Diese Grenze des Handlungsrechtes ist aber auf das Wechselrecht, wenigstens auf das in den österreichischen Staaten bestehende, nicht anwendbar, wenn gleich andere Gesetzgebungen a) und Schriftsteller b) das Wechselrecht als einen Theil des Handlungsrechtes überhaupt ansehen und wenn gleich, nach der reinen Idee des Wechselinstitutes, dasselbe ein ausschließendes Institut für Handelsleute seyn sollte, wo daher auch die Grenze für das Wechselrecht, als integrirenden Theil des Handlungsrechtes, dieselbe, wie für das Handelsrecht überhaupt seyn müßte. Denn in jenen Gesetzgebungen, welche überhaupt jedermann erlauben, förmliche Wechsel auszustellen, ja sogar zur Ausstel-

---

a) Z. B. der Code de Commerce (Dessau et Leipsig 1808.), welcher im 8. Titel von Wechseln handelt.

b) Vergl. Grundriß des Handelsrechtes, insbesondere des Wechsel- und Seerechtes von Georg Friedrich von Martens; 2. Aufl. Göttingen, 1805. (S. 2. §. 3.).

lung trockner Wechsel einige Private, welche keine Handelsleute sind, z. B. Professionisten, berechtigen c), kann von dieser Grenze keine Rede seyn, da bey diesen auch Nichthandelsleute nach Wechselrechten beurtheilt werden müssen. Zur Bestimmung dieser Grenze muß nothwendiger Weise der Wechselbrief selbst als Grundlage angenommen und alles dasjenige nach Wechselrecht beurtheilt werden, was sich als Recht oder Pflicht aus dem durch die Ausstellung des Wechselbriefes eingegangenen Wechselcontracte oder aus einem spätern Beytritte zu dem Wechselgeschäfte, wie z. B. von Seite des Acceptanten, Giranten, oder Avallisten, ergibt, ohne Rücksicht, ob die Verbundenen Handelsleute seyen oder nicht, wenn ihnen anders nicht die Gesetze ausnahmsweise, wie z. B. wie bey uns den Militäristen überhaupt, oder, in Beziehung auf trockne Wechselbriefe, den Personen, welche nicht Kaufleute, Fabrikanten, oder Professionisten sind, die Fähigkeit sich nach Wechselrecht zu verbinden, entziehen. Demnach wird ein Wechselgeschäft

---

a) Siehe hierüber den 53. Art. der österreichischen Wechselordnung vom 1. October 1763. und Hofdecret vom 24. Februar 1792.

dasjenige seyn, welches sich auf einen gültigen Wechselbrief gründet.

§. 50.

So oft nun Geschäfte im Handelsbetriebe vorkommen, welche nicht in die Sphäre eigentlicher Handels- oder Wechselgeschäfte gehören, sind sie ohne weiters allein nach dem bürgerlichen Gesetzbuche zu beurtheilen, ohne Rücksicht, ob in dieser Beziehung frühere einheimische Gesetze, oder das römische Recht etwas von den Vorschriften des b. G. B. Abweichendes enthalten, oder nicht, zu beurtheilen, weil nur allein wirkliche Handels- und Wechselgeschäfte, für welche abweichende besondere Gesetze vorhanden sind, von der Wirksamkeit des b. G. B. durch die (§. 46.) angeführte Stelle des Kundmachungspatentes ausgenommen wurden. In allen übrigen Rücksichten, folglich auch in Beziehung der mit den Handlungs- und Wechselgeschäften verbundenen Geschäfte des gemeinen bürgerlichen Lebens, gilt der ebenfalls durch das Kundmachungspatent aufgestellte Grundsatz: daß durch das b. G. B. alle früheren auf die Gegenstände desselben sich beziehenden Gesetze und

Gewohnheiten außer Wirksamkeit gesetzt seyen.

§. 51.

In sofern aber wirklich Handlungs- und Wechselgeschäfte vorfallen; so sind sie, wenn anders darüber besondere Gesetze, welche von den Anordnungen des b. G. B. abweichen, bestehen, ausschließend nach diesen besonderen Gesetzen zu beurtheilen und das b. G. B. hat in sofern auf sie nicht den mindesten Einfluß. Es ist hiebey gleichgültig, ob diese besondern Gesetze schriftliche, oder bestättigte a) Gewohnheitsrechte sind. Das bürgerliche Gesetzbuch thut diesen letztern durch die Erklärung, wodurch es den Gewohnheiten die Gesetzeskraft abspricht b), keinen Abbruch. Denn es erklärt nur Gewohnheiten in sofern als kraftlos, in sofern sich kein Gesetz darauf beruft und in sofern ist diese Erklärung ganz den oben (§. 6.) aufgestellten Ansichten gemäß; das kaufmännische Gewohnheitsrecht, der Kaufmannsstyl, wird aber durch mehrere Gesetzesstellen c)

a) Ohne diese Bestättigung läßt sich auch hier kein Gewohnheitsrecht denken (§. 6.).

b) A. b. G. B. §. 10.

c) Z. B. in der Wechselordnung vom 1. October 1763, §§. 43 und 54.

ausdrücklich bestättiget. Es macht also dieser Kaufmannsstyl in Verbindung mit dem geschriebenen Handlungs- und Wechselrechte, die nächste Quelle zur Beurtheilung der Handels- und Wechselgeschäfte aus, die gerade dort gilt, wo das b. G. B. in ähnlichen Materien ihr widerspricht.

§. 52.

Einige Beyspiele werden die Sache noch mehr erläutern. Betrachten wir einmahl die widersprechenden Anordnungen, die über das Retentionsrecht das b. G. B. und die Handlungs- und Wechselgesetze enthalten. Der 471 §. a) des b. G. B. verbiethet überhaupt, bis auf wenige Ausnahmen b), die Retention; demungeachtet bleiben in dieser Beziehung

---

a) §. 471. „Weder der Pfandnehmer noch irgend ein anderer Inhaber einer fremden Sache „ist nach Erlöschung des ihm eingeräumten Rechtes befugt, dieselbe aus dem Grunde einer Forderung zurück zu behalten."

b) Diese Ausnahmen sind im 1153. §., wodurch der Besteller einer Arbeit, bey schlechter Arbeit einen angemessenen Theil des Arbeitslohnes zurück zu halten berechtigt wird, dann im §. 1321, welcher die Retention des fremden Viehes dem Grundeigenthümer einräumt, enthalten.

die dieser Anordnung widersprechenden Vorschriften des Wechselrechtes c), welche Handels- und Wechselgläubigern gestatten, das Retentionsrecht auf den Effecten und Waaren des Schuldners zu üben d) in voller Wirksamkeit.

Ein anderes, noch interessanteres, hieher gehöriges Beyspiel liefert uns die Zusammenstellung des 33. §. des bürgerlichen Gesetzbuches e) mit dem Hofdecrete vom 12. December 1785 f). Durch jenen wird über-

---

c) S. Art. 43. und 44. der österreichischen Wechselordnung vom 1. October 1763.

d) Vgl. Leitfaden über das öster. Handels- und Wechselrecht von Ignaz Sonnleithner. Wien und Triest 1815. 3. Aufl. (S. 294.) und das öster. Wechselrecht von Aldobrand Koschack. Grätz 1805. 2. Aufl. (S. 388.)

e) §. 33. „— — — — — — — —. „Auch müssen die Fremden, um gleiches Recht „mit den Eingebornen zu genießen, in zweifelhaf- „ten Fällen beweisen, daß der Staat, dem sie ange- „hören, die hierländigen Staatsbürger in Rück- „sicht des Rechtes, wovon die Frage ist, ebenfalls „wie die seinigen behandle."

f) Hofdecret vom 12. December 1785. „— — „—; so wird hiemit neuerdings verordnet: daß

haupt, so lange, als der ausländische Staat unsere Staatsbürger nicht anders als die seinigen behandelt, die Beobachtung der formellen Reciprocität, d. i. die Behandlung der Ausländer nach dem Grundsatze der Gleichhaltung mit den eigenen Staatsbürgern, ohne Rücksicht auf das specielle ausländische Gesetz, das sich unser Unterthan gleich den Bürgern des fremden Staates dort gefallen lassen muß, vorgeschrieben; da hingegen dieses die materielle Reciprocität, d. i. die Behandlung der Ausländer

---

„die den gesetzmäßig geführten Handlungsbüchern „eigene Wirkung eines halben Beweises sich nur „auf ein Jahr und sechs Wochen erstrecke. — — „— Gegenwärtige Anordnung erstreckt sich jedoch „keineswegs auf diejenigen Forderungen, welche ein „Handelsmann der k. k. Staaten aus seinen Handlungsbüchern gegen auswärtige Handelsfreunde „eines fremden Staates zu stellen hat. In Rücksicht dieser ist die wechselseitige Beobachtung „stets im Gesichte zu behalten und sollen folglich „die Handlungsbücher der in den k. k. Erbländern befindlichen Kaufleute die Wirkung eines „Beweises eben so lange beybehalten, als diese „Wirkung nach den in den fremden Staaten bestehenden Gesetzen den Handlungsbüchern daselbst „zugestanden ist.“

nach dem speciellen Gesetze des Auslandes, dem sich unser Staatsbürger im Auslande fügen muß, ohne Rücksicht, ob in Beziehung dieses speciellen Gesetzes unsere Unterthanen gleich mit den dortigen Staatsbürgern behandelt werden oder nicht, vorschreibt. Die Frage, die in diesem Hofdecrete entschieden wird, betrifft die Dauer der Beweiseskraft der Handelsbücher. Diese ist für das Inland überhaupt ein Jahr und sechs Wochen. Gegen das Ausland hingegen wird, gemäß diesem Hofdecrete, die Dauer der Beweiseskraft der Handelsbücher nach dem speciellen Gesetze bemessen, nach dem dieselbe im Auslande selbst beurtheilt wird. Diesemnach kann also unser Handelsbuch gegen Ausländer, oder das ausländische Handlungsbuch gegen Inländer bald durch längere, bald durch kürzere Zeit, als die gesetzlich vorgeschriebene, von einem Jahr und sechs Wochen, Beweiseskraft haben, jenachdem sie das Ausland selbst kürzer oder länger bestimmt, ohne Rücksicht darauf, ob das Ausland unsere Staatsbürger gleich den ihrigen behandelt oder nicht. So z. B. haben in Preußen die Handelsbücher in der Regel gegen Kaufleute, in Ansehung der unter ihnen betriebenen Geschäfte eine uneingeschränkte

(versteht sich nur bis zum Ablaufe der Verjährungszeit der Forderung selbst) Dauer der Beweiseskraft, gegen Nichtkaufleute aber währt dieselbe nur durch ein Jahr vom Zeitpuncte der Ablieferung der Waare g). Nach der bey uns in dieser Beziehung geltenden materiellen Reciprocität wird also auch das Handelsbuch eines österreichischen Kaufmannes gegen einen preußischen eine nur durch die Verjährungszeit der Forderung selbst beschränkte Dauer der Beweiseskraft genießen, da hingegen dasselbe gegen einen preußischen Nichtkaufmann nur ein Jahr, folglich kürzere Zeit als gegen einen Inländer selbst, Beweiseskraft behalten kann. Ganz anders würde die Entscheidung nach dem im §. 33. aufgestellten Grundsatze der formellen Reciprocität ausfallen, nach welchem, da dießfalls unsere Unterthanen in Preußen in Beziehung auf diesen Gegenstand nicht härter als die eigenen behandelt werden, auch unsere Handelsbücher gegen alle Preußen ohne Ausnahme durch ein Jahr und sechs

---

g) Preuß. Landrecht. 2. Auflage, Berlin 1794. (II. Thl. 8. Titel §§. 594 und 596.) Vgl. damit die Preußische Gerichtsordnung. Neue Auflage, Berlin 1816. (Proceßordnung, 10. Titel. §. 168).

Wochen Beweiseskraft haben müßten. Allein dieser Grundsatz des b. G. B. ist hier durchaus nicht anwendbar, sondern die durch das Handelsgesetz aufgestellte materielle Reciprocität bleibt hier in ihrer vollen Wirksamkeit.

Mehrere Beyspiele dürften in dieser ohnedieß klaren Sache wohl überflüssig seyn.

§ 53.

Noch erübriget bey der Bestimmung des Quellenverhältnisses des b. G. B. zum Handlungs- und Wechselrechte die Lösung der Frage: ob das R. R., das doch früher allgemein als Subsidiarquelle auch im Handlungs- und Wechselrechte angewendet wurde, nun noch fortan angewendet werden müsse, oder von dem b. G. B. als supplirende Quelle daraus verdrängt werde. Zuvörderst kommt bey dieser Frage nochmahls zu bemerken, daß hier nicht die Rede sey, von der Anwendung des R. R. auf jene gemeinen privatrechtlichen Geschäfte, welche meistens mit den eigentlichen Handelsgeschäften verbunden sind, wovon schon oben (§. 50.) gesprochen wurde; denn hierauf hat es ohnedieß, nach der eben dort vorgetragenen Ansicht, nicht die mindeste Anwendung. Die Frage kann also nur

dahin gerichtet seyn, ob es noch supplirende Quelle zur Beurtheilung der eigentlichen Handels- und Wechselgeschäfte sey.

§. 54.

Wenn nicht positive Anordnungen, aus denen das Gegentheil erhellte, im b. G. B. vorhanden wären; so müßte man allerdings, consequent den im 1. Theile dieser Abhandlung (§§. 9, 10 und 24.) aufgestellten Grundsätzen, auch hier noch dem R. R. einen Platz als supplirender Quelle einräumen. Denn, wenn sich gleich keine geschriebene Stelle eines Handlungs- und Wechselgesetzes nachweisen läßt a), welche sich auf das R. R. beruft; so ist doch der Gebrauch desselben im Handlungs- und Wechselrechte durch den vom Gesetzgeber bestättigten Kaufmannsstyl, folglich durch diesen mittelbar von dem Gesetzgeber selbst, sanctionirt geworden, wodurch es dann als Theil des Handlungs- und Wechselrechtes zu diesem selbst erhoben wurde.

---

a) Der 7. Art. der Wechselordnung darf nicht hieher gerechnet werden; denn dieser erwähnt zwar des Senatus consulti Vellejani, folglich auch mit ihm des R. R. Allein es wird dadurch dieses nicht bestättiget, sondern gerade eine dem Inhalte desselben widersprechende Anordnung erlassen.

Allein, wir haben gerade auch in diesem ersten Theile (§. 14.) gehört, daß der Regent ein früheres Gesetz in jeder Beziehung aufheben und daß dieses sowohl ausdrücklich als stillschweigend (durch concludirende Handlungen) geschehen könne (§. 22.). Wir haben dort nur behauptet und erwiesen, daß nicht jede Erscheinung eines spätern Gesetzes das frühere aufhebe und daß, wenn eine Norm, die als verschiedene Gesetze über verschiedene Gegenstände galt, in einer, wenn auch in ihrer ursprünglichen Beziehung aufgehoben wurde, man nicht deßwegen allein schon dieselbe auch in jeder andern Beziehung, wo sie einen integrirenden Theil eines andern nicht aufgehobenen Gesetzes ausmacht, als aufgehoben erklären dürfe (§§. 17 — 24). Es kömmt also nur darauf an, zu zeigen, daß das b. G. B. wirklich Anordnungen enthalte, aus welchen die Willenserklärung des Gesetzgebers erhellet, das R. R. auch im Handels- und Wechselrechte, dessen supplirende Quelle es früher war, aufzuheben.

§. 55.

Anordnungen, welche diese Willenserklärung ausdrücklich aussprechen, treffen sich in dem b. G. B. zwar nicht; jedoch fin-

det man allerdings Gesetzesstellen darin, deren richtige Auslegung und Zusammenstellung dieselbe stillschweigend enthalten. Die vorzüglichste Gesetzesstelle, aus welcher die stillschweigende Willenserklärung des Gesetzgebers, das N. R. auch in sofern aufzuheben, als es durch die Aufnahme in das Handlungs- und Wechselrecht zu einem integrirenden Theile desselben, folglich selbst Handlungs- und Wechselrecht geworden war, ist die bereits oben (§. 46.) angeführte, des Kundmachungspatentes, nähmlich: „Handels- und Wechselgeschäfte werden nach den besondern Handels- und Wechselgesetzen, in sofern sie von den Vorschriften dieses Gesetzbuches abweichen, beurtheilt." In dieser Anordnung wäre offenbar der Beysatz: „in sofern sie von den Vorschriften dieses Gesetzbuches abweichen," rein überflüßig, wenn das b. G. B. nicht wollte, auch im Handels- und Wechselrechte als supplirende Quelle angewendet werden; die blossen Worte: „Handels- und Wechselgeschäfte werden nach den besonderen Handels- und Wechselgesetzen beurtheilt," wären ge-

nügend gewesen, um das b. G. B. von dem Umfange des Handlungs- und Wechselrechtes auszuschließen, wo dann ganz sicher, wie vor Erscheinung des b. G. B., das R. R. seinen Platz als supplirende Quelle im Handlungs- und Wechselrechte eingenommen hätte. Allein bey dem angeführten, sonst überflüssigen Beysatze dieser Anordnung unterliegt es wohl keinem vernünftigen Zweifel, daß das b. G. B. auch im Handels- und Wechselrechte Anwendung finden wolle. Dieses beweisen auch viele Stellen des b. G. B. selbst unwidersprechlich, wie z. B. die §. 995, 1027 — 1033, 1179, 1203, 1204, 1207 und 1214 — 1216, in welchen insbesondere und ausdrücklich ganz eigentliche Handelsgesetze erlassen werden. Wenn nun das bürgerliche Gesetzbuch supplirende Quelle seyn soll und muß; so bleibt wohl für das römische Recht kein Platz mehr im Handels- und Wechselrechte. Denn, wenn noch immer die mangelhaften Stellen unserer inländischen Handels- und Wechselgesetze durch das R. R. ausgefüllt werden müßten; so wäre es ja unmöglich das b. G. B. darin anzuwenden, weil dann keine durch das letztere auszufüllende Lücke mehr vorhanden wäre. Es scheint daher aus dieser Zusammenstellung deutlich und

klar hervor zu gehen, daß die angeführte Stelle des Kundmachungspatentes nur das ursprünglich einheimische Handels- und Wechselrecht bestättigen, jenen Theil desselben aber, der aus dem R. R. bisher entnommen war, aufheben wollte.

Diese Meinung wird auch allgemein in der Praxis beobachtet; indessen ist auch schon ein rühmlich bekannter Schriftsteller a) mit der entgegengesetzten Behauptung, daß auch gegenwärtig das R. R. noch immer eine Quelle des Handels- und Wechselrechtes sey, aufgetreten.

§. 56.

Nur einen kleinen Beleg wollen wir hier noch für unsere Meinung in einem Beyspiele anführen, welches uns die Certioration der sich verbürgenden Weibspersonen liefern mag. Wenn gleich der 7. Art. der W. O. sich diese Certioration verbath, wenn die Bürgin eine berechtigte Negotiantin war; so wurde doch gemäß der Vorschrift des R. R. diese Certioration der Weibspersonen damahls vorgenommen, wenn sich eine solche, die keine

a) Sonnleithner im angeführten Werke (S. 50, 75 und 206.).

Negotiantin war, für eine Handels- oder Wechselschuld verbürgte und ohne diese war die Bürgschaft derselben ungültig. Wie nun das b. G. B. erschien, welches a) die Nothwendigkeit der Certioration durch die Anordnung aufhob, vermög welcher jedermann ohne Unterschied des Geschlechts sich gültig verbürgen darf; so wurde auch diese Certioration sogleich bey Bürgschaften für Handels- und Wechselschulden nicht mehr vorgenommen b), was auch ganz in der oben (§. 55.) aufgestellten Ansicht gegründet ist.

---

a) §. 1349. d. b. G. B.

b) Dieß fordert auch Sonnleithner nicht, obwohl diese Forderung eine nothwendige Consequenz seiner früher angeführten Behauptung wäre.

IV. Abschnitt.

Das Quellenverhältniß des bürgerlichen Gesetzbuches zum Kirchenrechte.

§. 57.

Das in Oesterreich bis zur Erscheinung des b. G. B. geltende K. R. umfaßt nicht bloß das gemeine Kirchenrecht, sondern es gehören dahin auch alle dasselbe betreffenden landesfürstlichen Anordnungen, welche sowohl in publico-ecclesiasticis als in privatrechtlicher Hinsicht erschienen. Wir haben daher bey der Bestimmung dieses Gegenstandes auf alle, aber auch nur ausschließend auf jene Vorschriften Rücksicht zu nehmen, welche bey Erscheinung des neuen b. G. B. in den deutschen österreichischen Erbländern als Kirchenrecht galten, gleichviel, ob dieselben in dem corpore juris canonici, in einem der Concilien, in einzelnen genehmigten Bullen, oder in politischen und Justizgesetzen des Landesfürsten enthalten sind a).

a) Vgl. Georg Rechbergers Handbuch

§. 58.

Alle diese Vorschriften betreffen entweder bürgerliche, kirchliche oder gemischte Gegenstände und fallen entweder dem öffentlichen oder Privatrechte anheim.

§. 59.

Rein bürgerliche Gegenstände gehören auch rein nur der Gesetzgebung des Landesfürsten an und wenn ja die Kirche jemahls in diesen Angelegenheiten Gesetze erlassen hat, so konnte sie es auch nur im Nahmen und aus stillschweigender Uiberlassung des Landesfürsten thun. Solche, wenn gleich von der Kirche erlassene Gesetze können daher jederzeit und ohne alle Beschränkung nach Gutdünken von dem Landesfürsten gerade so aufgehoben werden, als wären sie ursprünglich von ihm unmittelbar erlassen worden.

§. 60.

Dagegen steht auch in rein kirchlichen Gegenständen ausschließend und unabhängig

---

des österreichischen Kirchenrechtes. Linz bey Caj. Haslinger 1807; 2. Aufl. (I. Thl. S. 39 — 49.) und Jos. Joh. Nep. Pehems Vorlesungen über das Kirchenrecht. Wien bey Anton Doll 1802. (I. Thl. S. 876 — 926.).

das Gesetzgebungsrecht der Kirche unter der einzigen Beschränkung, daß kirchliche Anordnungen vor ihrer Kundmachung das Placet des Landesfürsten erhalten haben müssen, zu. Hier bewegt sich die Kirche im Staate frey und unabhängig von demselben unter den ihr von ihrem Stifter angewiesenen rein geistlichen Grenzen a).

Der Inbegriff aller in Kirchensachen erlassenen Kirchenanordnungen macht das eigentliche Gesellschaftsrecht der kirchlichen Gesellschaft (jus statutarium ecclesiae) aus, wornach diese Kirchengesetze als bloße Statute der Kirchengesellschaft anzusehen kommen, von denen alles dasjenige gilt, was wir oben b) von den Statuten überhaupt gesagt haben.

§. 61.

Was hier von dem bürgerlichen Gesetzgebungsrechte in bürgerlichen Gegenständen und von dem kirchlichen in geistlichen Sachen gesagt wurde, das gilt auch von gemischten Angelegenheiten, wobey dieselben natürlich

---

a) Vgl. Pehems angeführtes Werk (I. Thl. S. 585—594.)

b) S. die erste Abtheilung dieser Abhandlung §. 4.

in Rücksicht auf ihre geistlichen Eigenschaften und Wirkungen der kirchlichen, in Rücksicht auf die bürgerlichen aber, wenn gleich bisher auch in dieser Beziehung von der Kirche, kraft der ausdrücklichen oder stillschweigenden Überlassung des Landesfürsten, das Gesetzgebungsrecht ausgeübt worden wäre, der bürgerlichen Gewalt unterstehen a); daher denn sowohl die Einführung neuer, als auch die Abschaffung bereits bestehender Gesetze jeder dieser beyden Gewalten, nach den gerade zuvor (§§. 59 und 60.) aufgestellten Grundsätzen, jenachdem es sich um geistliche oder bürgerliche Wirkungen und Eigenschaften dieser Angelegenheiten handelt, frey und von einander unabhängig zusteht.

Demnach mag immerhin die Kirche bey solchen gemischten Angelegenheiten die in ihre Sphäre gehörigen Gesetze ändern oder aufheben; so bleiben doch demungeachtet die vom Staatsoberhaupte in den bürgerlichen Beziehungen dieser Angelegenheiten getroffenen Verfügungen und eben so, wenn es dem Staate beliebte, die in den ihn betreffenden Rücksichten bisher, wenn auch von den Kir-

---

a) S. Pehems ang. Werk (I. Thl. S. 586. §. 701).

chenvorstehern in seinen Nahmen, erlassenen Anordnungen abzuändern, die von der Kirche in den geistlichen Beziehungen dieser Angelegenheiten erlassenen Gesetze in voller Kraft stehen.

§. 62.

Bey Gelegenheit der hier aufgestellten Grundsätze dürfte es wohl nicht überflüssig seyn, eine Meinung zu berühren und prüfen, die häufig von Theologen behauptet wird. Sie besteht darin: daß, wenn der Staat auch wirklich, vermöge des ihm zustehenden Gesetzgebungsrechtes in bürgerlichen Angelegenheiten, die bisher von der Kirche in des Landesfürsten Nahmen über eine bürgerliche Angelegenheit erlassenen Gesetze aufheben, oder abändern würde, dieselben dennoch, unbeschadet ihrer bürgerlichen Abänderung, so wie sie ursprünglich von den Kirchenvorstehern aufgestellt wurden, für die Kirchenglieder als kirchliche Statute wenigstens in sofern verbindlich blieben, als der Landesfürst nicht gerade die Unternehmung einer früher pflichtmäßig zu unterlassenden Handlung oder die Unterlassung einer früheren pflichtmäßigen Unternehmung in dem neuen Gesetze forderte,

§. 63.

Diese Meinung hält durchaus keine strenge Critik aus. Sie scheint vorzüglich auf der Unkenntniß des Unterschiedes zwischen rein bürgerlichen und gemischten Angelegenheiten und daher auch auf der falschen Voraussetzung zu beruhen, daß alle Angelegenheiten, worüber die Kirche, wenn auch jure delegato des Landesfürsten, Gesetze erließ, Angelegenheiten des gemischten Gerichtes seyen, gerade, als wären von der Kirche nur Vorschriften über solche und nicht auch über rein bürgerliche Angelegenheiten gegeben worden.

Welchem, selbst von den eifrigsten Anhängern dieser Meinung muß nicht die Falschheit einer solchen Behauptung von selbst auffallen, wenn er den Inhalt des corporis juris canonici nur oberflächlich durchgeht? Wird er sich dann nicht selbst dabey sagen müssen, daß es sonderbar sey, zu behaupten, die Festsetzung z. B. der Verjährungsfrist, der bey dem Processe Statt findenden Förmlichkeiten, oder des Zinsenfußes u. s. w. gehöre unter die Angelegenheiten des gemischten Gerichtes und die Kirche habe jemahls gewollt, daß sich durch solche Anordnungen die Kirchenglieder auch dann noch im Gewis-

sen verbunden fühlen und dieselben als ein kirchliches Statut beobachten sollten, wenn der Staat in der Ausübung seines ursprünglichen und unveräußerlichen Gesetzgebungsrechtes über diese Angelegenheiten eine andere Verjährungsfrist, einen andern Proceßgang, Zinsenfuß u. s. w. vorschreibt?

Es kann demnach die Schwierigkeit bey der Entscheidung der Frage: ob ein kirchliches Gesetz dann, wenn der bürgerliche Gesetzgeber dasselbe, in sofern es die bürgerlichen Rücksichten betrifft, aufhebt, nicht doch immer noch als ein kirchliches Statut die Glieder der Kirche im Gewissen verbinde, nur darin liegen, daß es in manchen Fällen zweifelhaft scheint, ob eine Angelegenheit über welche bisher ein kirchliches Gesetz bestand, eine rein bürgerliche oder eine gemischte sey.

§. 64.

Die Entscheidung dieses Zweifels und daher die Angabe jener Gegenstände, worüber sich bisher die Kirchengesetze verbreiteten, welche des bürgerlichen, gemischten oder geistlichen Gerichtes sind, gehört nicht in den Umfang dieser Schrift und zudem ist die Sache auch in den wenigsten Fällen zweifelhaft.

Der größten Schwierigkeit unterliegt aber im Allgemeinen ganz sicher in dieser Beziehung die Materie der Ehe, in deren Rücksicht von den meisten Theologen eine gemischte Natur derselben behauptet wird, wornach von der Kirche jure delegato des Landesfürsten festgesetzte trennende Ehehindernisse, wenn dieser sie abändert, zwar in Rücksicht auf den Contract nicht mehr, jedoch immerhin in Beziehung auf das Sacrament, als kirchliche Statute für die Kirchenglieder verbindlich blieben.

Allein gerade mit dieser Schwierigkeit darf der österreichische Kirchenrechtslehrer nicht kämpfen, da ein vaterländisches positives Gesetz b) für ihn in die Schranken tritt, welches ausdrücklich die Meinung, daß

---

b) S. das Hofdecret vom 4. September 1783 und für Ostgalicien das Hofdecret vom 16. October 1800. Vergl. Rechbergers ang. Werk (II. Thl. S. 145) und Dolliners Abhandlung unter dem Titel: „Erläuterung des 83. §. des b. G. B. über die Ehedispensen" (in den Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege vom Herrn Hofrathe D. Carl Joseph Pratobevera. Wien bey Geistinger; 1814. I. B. S. 67).

jene trennenden Ehehindernisse, welche das canonische Recht festsetzte, das bürgerliche aber nicht aufgenommen und hiemit aufgehoben hat, bloß in Rücksicht der Gültigkeit des Contractes aufgehoben wären, hingegen in Beziehung auf das Sacrament noch immer bestünden und man demnach in dieser letzten Beziehung einer Dispensation bedürfe, für einen Irrthum erklärt d).

§. 65.

Nach diesen Vordersätzen gehen wir zur nähern Bestimmung unserer Aufgabe: ob und in wiefern nähmlich durch das bürgerliche Gesetzbuch das Kirchenrecht aufgehoben werde, über.

Die Schwierigkeit der Beantwortung dieser Aufgabe liegt theils darin, daß der Gesetzgeber von dem Einfluße des bürgerlichen Gesetzbuches auf die verbindliche Kraft des Kirchenrechtes insbesondere gar nichts sagt,

---

d) Eine vorzüglich scharfsinnige Begründung dieser gesetzlichen Anordnung liefert Herr Professor Dolliner in seinem Handbuche des in Oesterreich geltenden Eherechtes. Wien bey Geistinger; 1813. (I. Thl. S. 53 — 55. §. 29.)

theils in der Stelle des Kundmachungspatentes: „dadurch wird das bis jetzt angenommene gemeine Recht — — außer Wirksamkeit gesetzt," welche den meisten Zweifel erregt. Denn unter dem Ausdrucke der gemeinen Rechte wurde auch das canonische Recht durch die Reichskammergerichtsordnung vom Jahre 1495 a) begriffen und unter diesem Ausdrucke verstanden daher durchgängig die deutschen Juristen alle drey recipirten Rechte, das römische, canonische und longobardische ohne Unterschied. Es entsteht nun der Zweifel, ob unter der Benennung „gemeines Recht" das bürgerliche Gesetzbuch auch das canonische Recht begriffen und hiemit im ganzen Umfange aufgehoben habe oder nicht, mit dessen Lösung auch fast die ganze Aufgabe gelöst zu seyn scheint.

§. 66.

Ungeachtet aller aus dem Sprachgebrauche des Ausdruckes „gemeines Recht" für die gänzliche Aufhebung des Kirchenrechtes zu entnehmenden Gründe, scheinen doch jene, welche für die Meinung sprechen, daß

a) S. Pehems ang. Werk. (I. B. S. 919.).

unter diesem vom österreichischen Gesetzgeber im Kundmachungspatente des b. G. B. gewählten Ausdrucke das Kirchenrecht nicht enthalten und somit nicht im ganzen Umfange abgeschafft sey, ein größeres Gewicht zu haben.

§. 67.

Die Gründe, auf welche sich diese Meinung stützt, sind folgende:

1) ist es gewiß, daß das bürgerliche Gesetzbuch in der (§. 65.) angeführten Stelle des Kundmachungspatentes den Ausdruck „gemeines Recht" nicht in der Ausdehnung genommen habe, in welcher ihn die Reichskammergerichtsordnung von 1495 nahm, indem, wie dieses aus dem 359. §. des b. G. B. erhellet, unter diesem Ausdrucke gewiß das longobardische Lehenrecht, welches offenbar in der Reichskammergerichtsordnung vom Jahre 1495 mitverstanden war, nicht begriffen ist. Hieraus ist einmahl unwidersprechlich, daß das b. G. B. in der Wahl dieses Ausdruckes von dem gewöhnlichen Sinne desselben, den ihm die erwähnte Reichskammergerichtsordnung beylegte, abgewichen sey. Ist dieses einmahl gewiß; so ist auch kein zureichender Grund

mehr vorhanden, zu behaupten, daß dieser Ausdruck der Terminologie der erwähnten Reichskammergerichtsordnung gemäß verstanden und darunter auch das Kirchenrecht begriffen werden müsse, zumahl da 2) der Zusammenhang jener Stelle a) des Kundmachungspatentes, in welcher dieser Ausdruck vorkömmt, zeigt, daß dabey der Gesetzgeber sein Augenmerk nur auf die Aufhebung aller bis dahin in Oesterreich als bürgerliches Recht geltenden Gesetze gerichtet habe, als welches das canonische Recht im ganzen Umfange doch nicht betrachtet werden kann, daher denn die Meinung höchst wahrscheinlich wird, daß unter dem Ausdrucke des K. M. P. „gemeines Recht" nur ausschließend das R. R. zu verstehen sey. 3) Sind im Kirchenrechte, welches bis zur Erscheinung des

---

a) 4. Absatz des Kundmachungspatentes. „Dadurch wird das bis jetzt angenommene gemeine „Recht, der am 1. November 1786 kundgemachte erste Theil des bürgerlichen Gesetzbuches, das „für Galizien gegebene bürgerliche Gesetzbuch „sammt allen auf die Gegenstände dieses allgemeinen bürgerlichen Rechtes sichbeziehenden Gesetzen „und Gewohnheiten außer Wirksamkeit gesetzt."

b. G. B. in Oesterreich galt, auch viele politische in publico-ecclesiasticis erschienene Anordnungen des Landesfürsten (§. 57.), welche zusammen mit dem corpore juris canonici u. s. w. das österreichische Kirchenrecht bilden, enthalten. Nun aber sagt der 8. Absatz des K. M. P. ausdrücklich aus, daß die politischen Anordnungen bestättiget seyen; es müßten also auch diese aufgehoben seyn, wollte man das Kirchenrecht im ganzen Umfange durch das b. G. B. aufgehoben erklären. Uiberdieß enthält 4) das Kirchenrecht nicht bloß auf die Privatrechte, welche allein durch das bürgerliche Gesetzbuch behandelt werden, sich beziehende Anordnungen, sondern es enthält auch Anordnungen über Gegenstände des öffentlichen Verhältnisses der Kirche und über solche, welche außer der Sphäre des bürgerlichen Gesetzbuches liegen, wornach es 5) wohl sehr unwahrscheinlich ist, daß der Gesetzgeber diese Anordnungen, für welche er durch das b. G. B. keine andern lieferte und die doch noch allerdings nothwendig erscheinen, aufheben wollte, weil es überhaupt nicht zu vermuthen ist, daß der Gesetzgeber bestehende Anordnungen über Gegenstände aufheben wolle, welche doch noch immer einer Normirung bedürfen, ohne neue an deren Stelle

zu setzen, zumahl, da diese Absicht unserm Gesetzgeber nach der von ihm ausgesprochenen Regel (§. 30.), daß die Gesetze nur durch ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers aufgehoben, oder durch entgegenstehende spätere Gesetze abgeändert werden können, unmöglich unterlegt werden darf.

§. 68.

Aus diesen Gründen kann aber bey weitem nicht der Schluß gezogen werden, daß nach dem bürgerlichen Gesetzbuche alle Anordnungen des Kirchenrechtes, welche bis zum 1. Januar 1812 in Oesterreich Gültigkeit hatten, noch bestünden. Denn die (§. 67, Anm. a.) angeführte Stelle des Kundmachungspatentes erklärt ausdrücklich alle Verordnungen, welche sich auf die Gegenstände dieses Gesetzbuches beziehen, als aufgehoben, ohne hierin eine Ausnahme für das Kirchenrecht zu machen; nun enthält aber das Kirchenrecht (§. 63.) viele rein privatrechtliche Anordnungen a), also sind auch diese durchaus

---

a) Z. B. in den Decretalen Gregors IX. lib. II. tit. 26. de praescriptionibus; lib. III. tit. 21. de pignoribus et aliis cautionibus; lib. I. tit. 41. de in integ. rest.; lib. III. tit. 17. de emptione et vendit. u. d. m.

und zwar dergestalt aufgehoben, daß sie nun auch nicht einmahl mehr im Gewissen für die österreichischen Unterthanen verbindlich sind.

§. 69.

Es bleiben demnach gegenwärtig nur jene Verordnungen des Kirchenrechtes noch als bürgerlich gültiges, von der Kirche jure delegato des Landesfürsten erlassenes, Recht stehen, welche keine Materien des b. G. B. zum Gegenstande haben, in sofern sie nicht in andere Zweige der Gesetzgebung einschlagen und nicht dort von den darüber vorhandenen vaterländischen Gesetzen (wie z. B. in dem Decrete Gregors IX. lib. III. tit. 49. de immunitate cap. VI. inter alia: durch das Strafgesetzbuch vom 3. September 1803; dann cap. IV. non minus und cap. VII. adversus consules durch die in den verschiedenen Provinzen erlassenen Jurisdictionsnormen) aufgehoben worden sind.

Die Anzahl der noch gegenwärtig neben dem b. G. B. als bürgerliches Recht aufrecht bestehenden Theile des Kirchenrechtes ist aber nicht geringe und jedermann wird sich davon überzeugen, der einen Blick auf das geistliche Zehentrecht, das Patronats-

recht, die Anordnungen über Stiftungen, Opfer, Dotationen der Geistlichen u. d. m. wirft, in welcher Beziehung die früheren Anordnungen des Kirchenrechtes von dem bürgerlichen Gesetzbuche, weil sie nicht die nähmlichen Gegenstände mit demselben behandeln, durchaus nicht aufgehoben wurden, sondern noch fortan die gesetzlichen Entscheidungsquellen bleiben.

§. 70.

Uiberdieß hat das gemeine Kirchenrecht noch immer selbst dort, wo es die nähmlichen Gegenstände mit dem b. G. B. betrifft, einen höchst wichtigen Einfluß auf die Auslegung desselben, da dieses, wenigstens im Eherechte, häufig auf die Vorschriften des gemeinen Kirchenrechtes gebaut ist und daher die Kenntniß von diesem voraus setzt a).

Dieser exegetische Einfluß des K. R. auf das b. G. B. dehnt sich öfters so weit aus, daß derselbe sogar präjudiciell wird, in sofern nähmlich dasselbe eine Vorfrage entscheidet, von deren Entscheidung die Wirksamkeit der Anordnungen des b. G. B. ab-

---

a) S. Dolliners ang. Werk. (§. 1. S. 1—2.).

hängt. So z. B. verordnet der §. 63. des b. G. B., daß Geistliche, welche schon höhere Weihen empfangen, wie auch Ordenspersonen, welche das feyerliche Gelübde der Ehelosigkeit abgelegt haben, keine gültige Ehe schließen können. Diese Anordnung setzt offenbar die frühere Entscheidung der Fragen voraus, was unter höheren Weihen der Geistlichen und feyerlichen Gelübden der Ordenspersonen zu verstehen sey, welche offenbar nur aus dem Kirchenrechte entnommen werden kann, in welcher Rücksicht also allerdings demselben ein präjudicieller Einfluß auf Anordnungen des b. G. B. nicht abgesprochen werden kann.

§. 71.

Endlich behauptet das gemeine Kirchenrecht im ganzen Umfange, unbeirrt durch das b. G. B. den ihm allein und ausschließend zukommenden Platz als Quelle in rein geistlichen Gegenständen für die katholischen Kirchenglieder des österreichischen Staates, weil es in sofern auch mit jenem in gar keiner Berührung steht, sondern von demselben ganz verschiedene Gegenstände betrifft. In dieser Beziehung gilt es für die Kirchenglieder als gesellschaftliches Statut, das sie auch

dann zu beobachten im Gewissen verbunden bleiben, wenn gleich der Staat die Beobachtung desselben nicht auch als Bürgerpflicht von ihnen fordert und somit ihr Benehmen in dieser Beziehung für bürgerlich gleichgültig hält.

V. Abschnitt.

Das Quellenverhältniß des bürgerlichen Gesetzbuches zu dem Gewohnheits- und Provincialstatutarrechte.

§. 72.

Das österreichische Gewohnheits- und Provincialstatutarrecht gehört zu den subjectiv particulären Privatrechtszweigen. In Rücksicht des Provincialstatutarrechtes erhellet dieß wohl schon aus dem Nahmen desselben; in Rücksicht des Gewohnheitsrechtes aber ergibt sich diese Ansicht aus der Bemerkung, daß in dem österreichischen, aus so vielen mit verschiedenen politischen Verfassungen versehenen Provinzen, die früher einzeln unter mehrere Herrscher getheilt waren und erst nach und nach unter den österreichischen Scepter kamen, bestehenden Kaiserstaate sich durchaus keine allgemeine, in allen Provinzen desselben gleichförmig eingeführte Gewohnheit nachweisen läßt. Wenn demnach wirklich der Inhalt beyder dieser Rechte die allgemeinsten und gewöhnlichsten

Privatverhältnisse betrifft; so gehören sie, subjectiv genommen, denn doch zu den besondern Privatrechtszweigen und daher, als solche, in den Umfang dieser Abhandlung.

§. 73.

Wir wollen zuerst von dem Gewohnheitsrechte handeln.

In sofern das Gewohnheitsrecht einen Bestandtheil eines objectiv besondern Privatrechtszweiges ausmacht, wurde es bereits im II. und III. Abschnitte dieser Abtheilung mitgenommen. Wir haben es somit hier nur mehr mit jenen Gewohnheitsrechten zu thun, welche allgemeine und gewöhnliche bürgerlichen Privatrechtsverhältnisse zum Gegenstande haben, und daher in das Gebieth des b. G. B. einschlagen. Alle diese Gewohnheitsrechte haben durch den 4. Absatz des Kundmachungspatentes desselben, der alle auf die Gegenstände dieses allgemeinen bürgerlichen Rechtes sich beziehenden Gesetze und Gewohnheiten für aufgehoben erklärt, ihre Gesetzeskraft verloren, wenn sie auch früher durch die ehemahligen, nun ebenfalls aufgehobenen, geschriebenen bürgerlichen Gesetze für gesetzeskräftig erklärt wurden.

§. 74.

Unter diesem allgemein abgeschafften Gewohnheitsrechte ist sowohl das Herkommen (§. 6.), welches im 10. §. des bürgerlichen Gesetzbuches, als der Gerichtsgebrauch, welcher im 12. §. desselben behandelt wird, begriffen.

§. 75.

Dem letztern wird im 12. §. des b. G. B. ohne Beschränkung insbesondere alle Kraft abgesprochen, da das Gesetz ausdrücklich bestimmt, daß die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und die von Richterstühlen in besondern Rechtsstreitigkeiten gefällten Urtheile, nie die Kraft eines Gesetzes haben und nie auf andere Fälle oder auf andere Personen ausgedehnt werden können a).

§. 76.

Zu Gunsten der bisher bestandenen Gewohnheiten (Herkommens) aber enthält der 10. §. des b. G. B. ausnahmsweise eine Beschränkung ihrer allgemeinen Aufhebung. Diese Beschränkung tritt dann ein, wenn

---

a) Eine geistvolle und treffliche Begründung dieses §. findet man in Herrn v. Zeillers Commentare (S. 85 — 87.).

sich ein Gesetz darauf beruft, wo auch in Zukunft auf Gewohnheiten Rücksicht genommen werden kann. In einem solchen Falle ist jedoch, ganz im Einklange mit der oben (§. 6.) aufgestellten Ansicht, die Gewohnheit nicht das Gesetz selbst, sondern nur der Stoff des Gesetzes, welcher erst durch die Erklärung des Regenten, daß dieselbe befolgt werden soll, Gesetzeskraft erhält.

§. 77.

Damit einer Gewohnheit durch eine solche Berufung die Gesetzeskraft zukomme, ist nothwendig, daß entweder 1) das sich darauf berufende Gesetz, wenn es ein früheres ist, selbst noch nach Erscheinung des b. G. B. seine Rechtskraft beybehalten habe, weil man sonst noch allen früheren gesetzlichen Gewohnheiten die vorige Gesetzeskraft zusprechen müßte, wodurch die Anordnung des 10. §. des b. G. B. wirkungslos erschiene, oder daß 2) das sich berufende Gesetz eine Stelle des bürgerlichen Gesetzbuches, oder endlich 3) ein späteres dem b. G. B. nachfolgendes sey.

In wiefern durch frühere Gesetze berufene Gewohnheiten, weil die erstern selbst noch

Gesetzeskraft haben, fortan wirksam bleiben, haben wir bereits im II. und III. Abschnitte gesehen.

Stellen, in welchen sich das b. G. B. auf Gewohnheiten beruft, finden wir z. B. in den §§. 389 und 390, nach welchen die Kundmachung eines Fundes auf die in jedem Orte gewöhnliche Art geschehen soll; ferner in dem §. 501, welcher die in jeder Feldmarke durch den unangefochtenen Gebrauch eingeführte Triftzeit als Maßstab derselben annimmt; eben so im §. 549, der die Kosten des Begräbnisses mitunter auch vom Gebrauche des Ortes des Verstorbenen abhängig macht.

Ein neueres Gesetz, welches sich auf eine Gewohnheit beruft, haben wir bis jetzt noch nicht.

§. 78.

Nach welchen Gesetzen man sich bey dem Beweise einer Gewohnheit, auf welche sich ein früheres noch bestehendes Gesetz beruft, zu richten habe, unterliegt keinem Zweifel. Nach welchen Gesetzen sich aber die Entscheidung, ob eine Gewohnheit, auf welche sich das b. G. B. oder ein noch späteres

Gesetz beruft, begründet sey, richten müsse, scheint zweifelhaft zu seyn und diese Frage hat schon manche Discussionen erregt. Dieser Zweifel liegt natürlich darin, daß unser Gesetzbuch keine Vorschriften zur Entscheidung, was zum Bestehen einer Gewohnheit nothwendig sey, enthält, während das erste Hauptstück des Josephinischen Gesetzbuches (vom 1. November 1786) im 11., 12. und 13. §. solche Vorschriften angab.

In sofern das b. G. B. selbst sich auf eine bey Erscheinung desselben bereits bestehende Gewohnheit beruft, oder auch in sofern sich ein späteres Gesetz auf eine zur Zeit der Erscheinung des b. G. B. schon bestandene Gewohnheit berufen würde, dürfte die Schwierigkeit nicht unlösbar seyn und selbst aus dem b. G. B. zu entnehmende Gründe scheinen mit Sicherheit die Behauptung zu unterstützen, daß für diese Fälle noch immer der Maßstab, ob eine Gewohnheit bereits begründet sey, aus dem Josephinischen Gesetzbuche hergenommen werden müsse. Denn jede bey Erscheinung des b. G. B. bereits bestehende Gewohnheit setzt eine Reihe von mehreren dem b. G. B. vorhergegangenen Handlungen, wodurch sie eingeführt wurde,

voraus. Alle diese Handlungen fallen daher in den Zeitpunct der Herrschaft der früheren Gesetze. Da nun das Kundmachungspatent und der §. 5 des b. G. B. erklärt, daß Gesetze auf früher unternommene Handlungen nicht zurückwirken, sondern diese nach den älteren Gesetzen zu beurtheilen seyen; so scheint es keinem Zweifel zu unterliegen, daß die Frage, was zur Begründung der bey Erscheinung des b. G. B. bestandenen Gewohnheiten, worauf sich dasselbe selbst oder ein späteres Gesetz beruft, nothwendig sey, da diese Gewohnheiten selbst aus nichts, als solchen dem b. G. B. vorhergegangenen Handlungen bestehen und dadurch allein begründet werden konnten, nach dem Josephinischen Gesetzbuche entschieden werden müsse.

Allein von viel größerer Schwierigkeit und wie es scheint, bis jetzt noch nicht zu lösen ist die Frage, nach welchen Gesetzen sich diese Entscheidung richten müßte, wenn in der Folge ein Gesetz sich auf eine erst nach der Erscheinung des b. G. B. entstandene Gewohnheit berufen würde, auf welche offenbar die Anwendung des Josephinischen Gesetzbuches nicht behauptet werden kann, weil man sonst demselben auch noch immer

eine Wirksamkeit auf die dem neuen b. G. B. nachgefolgten Handlungen beymessen müßte, was mit dem 4. Absatze des Kundmachungspatentes des letztern nicht verträglich ist. Diese Schwierigkeit ist um so weniger zu heben, als man die Entscheidung der Frage, wann eine Gewohnheit begründet sey, auch nicht aus dem Vernunftrechte schöpfen kann, da sich im Naturstande keine juristisch begründete Gewohnheit denken läßt. Indeß ist diese Frage bis jetzt, aus Mangel eines wirklichen Substrates, nicht von dem mindesten practischen Interesse und eben deßwegen wäre es ein sehr voreiliger Schluß, unsere Gesetzgebung eines Mangels zu beschuldigen, weil sie diese Frage bis jetzt noch unentschieden ließ, da doch eine solche gesetzliche Entscheidung nicht früher nothwendig wird und daher auch nicht früher gefordert werden kann, bis der Gesetzgeber sich auf eine solche, erst nach dem b. G. B. etwa eingeführte Gewohnheit beruft a). Daß aber eine solche

---

a) Möchten doch gewisse unberufene und unreife Critiker, die gar so gerne ihr bischen Witz in der Bemänglung weiser Gesetze spielen lassen, früher, als sie sich dadurch lächerlich machen, untersuchen, ob ein von ihnen geforderter Zusatz noth-

Entscheidung, so bald sie nothwendig ist, erscheinen werde, darüber darf bey dem Geiste, der über unsere Gesetzgebung weht, die Theorie und Praxis ganz ruhig seyn.

§. 79.

Wir kommen nun auf das Provincialstatutarrecht. Unter dem Statutarrechte ist hier nicht der Inbegriff der Statuten einer Privatgesellschaft, einer Zunft oder Innung zu verstehen, welcher dem Vertragsrechte angehört; sondern der Gesetzgeber versteht darunter im Gegensatze des ehemahligen in ganz Deutschland in Subsidium gegolten habenden juris communis die Particularrechte, welche für einzelne ganze Provinzen, oder für einzelne Bezirke derselben bis zur Erscheinung des neuen bürgerlichen Gesetzbuches unter dem Nahmen der Handfesten a) Lan-

---

wendig sey und ob die angebliche Unverständlichkeit eines Gesetzes nicht vielmehr in ihren seichten Vorkenntnissen und ihrem schweren Begreifen, als in einer unrichtigen Textirung liege!

a) So heißt das steyerische Fundamentalgesetz, welches auch häufig privatrechtliche Anordnungen, die nun natürlich ebenfalls nicht mehr gelten, enthält.

desrodnungen b) Stadtrechte c) u. s. w. als wirkliche landesfürstliche Gesetze, größtentheils aus nachgefolgten landesherrlichen

---

b) So heißen in Böhmen und Mähren die theils öffentliches theils Privatrecht enthaltenden Gesetzbücher, welche jedoch in letzterer (privatrechtlicher) Hinsicht vorzüglich nur für den Adel galten. Diese beyden Landesordnungen enthalten auch größtentheils die politische Landesverfassung von Böhmen und Mähren (Vgl. das Kundmachungspatent der mährischen Landesordnung vom 10. May 1628).

c) Diesen Nahmen und insbesondere den Nahmen „Böhmische Stadtrechte" führt das für Unadeliche in Böhmen, Mähren und Schlesien bis zur Erscheinung des b. G. B. gegolten habende Gesetzbuch, das im Jahre 1579 für alle Bürger in Böhmen, durch die Resolution vom 7. und 17. Juny 1697 für die königlichen Städte in Mähren; durch die Resolution vom 19. May 1704 für die übrigen mährischen Städte durch die Resolution vom 6. May und 12. October 1709 zur Supplirung der mährischen Landesordnung in materia contract. für den Adel; durch die Resolution vom 21. August 1773 für den schlesischen Bürgerstand, endlich durch das Hofdecret vom 7. Juny 1784 auch für den Bauernstand vorgeschrieben worden ist. Vgl. das verdienstvolle Werk des jetzigen Herrn Appellationsrathes Johann Lukschе

Bestättigungen d) zum Theile aber auch durch die ursprüngliche landesfürstliche Kundmachung und Sanction e) galten und die man im Allgemeinen, um sie genau von den gemeinen Rechten zu unterscheiden, jus statutarium oder Provincial- oder Localrechte nannte f). Um nun diese Particularrechte auch von den gesellschaftlichen Privatstatuten zu unterscheiden, wählt der Gesetzgeber in der Randglosse zum 11. §. des b. G. B. den Nahmen „Provincialstatute" dafür, weil sie entweder für eine ganze Provinz, oder doch wenigstens für einen Theil derselben Gesetzeskraft hatten.

---

unter dem Titel: „Kurze Uibersicht der Stellen und Aemter im Markgrafthume Mähren." Brünn; 1804 (S. 104—108.).

d) Was z. B. bey den böhmischen Stadtrechten der Fall ist, welche Anfangs eine Privatsammlung der in Böhmen bestehenden Gewohnheiten waren (Vgl. Lukfche a. a. O.).

e) Was z. B. bey der mähr. Landesordnung vom 10. May 1628 der Fall ist.

f) Vergl. Runde's angeführtes Handbuch des gemeinen deutschen Privatrechtes (§. 49.) und Thibaut's angeführtes System (§. 14); auch *Nicolaus de Beckmann* idea juris statutarii et consuetudinarii styriaci et austriaci. Graecii; 1688.

§. 80.

Von allen diesen Provincialstatuten haben nach dem §. 11. des b. G. B. nur jene Gesetzeskraft, welche nach der Kundmachung dieses Gesetzbuches von dem Landesfürsten ausdrücklich bestättiget werden. Eine solche Bestättigung wurde aber nach dem Hofdecrete vom 13. Julius 1811 denselben durchaus versagt a), wornach wir also für die Zukunft gar kein provincielles Privatrecht mehr kennen.

Zur Vermeidung möglicher Mißverständnisse, welche aus diesem Hofdecrete und dem 11. §. des b. G. B. rücksichtlich der für die einzelnen Provinzen bestehenden verschiedenen politischen Verfassungen, die ohnedieß nach dem 8. Absatze des Kundmachungspatentes des b. G. B. durch das letztere unangefochten bleiben, entstehen könnten, wurde jedoch insbesondere die provincielle Landesverfassung, in Beziehung der Erwerbung

---

a) Hofdecret vom 13. July 1811. „Se. Maje„stät haben keinen besondern Rechten oder Sta„tuten für die einzelnen Provinzen neben dem all„gemeinen bürgerlichen Gesetzbuche Statt zu ge„ben befunden."

landtäflicher und bürgerlicher Güter durch zum Lande oder zur bürgerlichen Ansäßigkeit Habilitirte, für Böhmen b), Galizien c) und für Mähren und Schlesien d) ausdrücklich erneuert und bestättiget.

---

b) Hofkanzleydecret vom 3. Junius (Justizhofdecret vom 5. Julius) 1811.

c) Hofkanzleydecret vom 8. December 1814.

d) Hofkanzleydecret vom 23. December 1812 und 24. Junius 1813.

VI. Abschnitt.

Das Quellenverhältniß des bürgerlichen Gesetzbuches zum gerichtlichen Verfahren.

§. 81.

Die Gesetze über das gerichtliche Verfahren stehen nothwendig mit jenen, welche das Recht selbst bestimmen, in der genauesten Verbindung. Kein Rechtscodex ist ohne der gehörigen Durchsetzung von irgend einem Nutzen und keine Gerichtsordnung ist practisch gedenkbar ohne vorläufige Bestimmung der Rechte selbst. Beyde haben es mit den Privatrechten der Bürger zu thun; dennoch betreffen sie bey aller dieser nahen Verbindung ganz verschiedene Gegenstände, collidiren daher nicht nothwendiger Weise und können auch nie collidiren, wenn in jeder Gattung dieser beyden Gesetze ein strenges System herrscht. Denn das Gesetzbuch bestimmt das Recht selbst, durch die entscheidende Durchführung der Frage: **was ist Rechtens**, durch alle Privatverhältnisse der

Bürger, theils (und meistens) mittelst allgemein aufgestellter Grundsätze, theils (jedoch selten für schwierigere Fälle) mittelst Casuistik; die Gesetze über das Verfahren befassen sich aber nicht im mindesten mit dem Rechte selbst, und für dasselbe ist es ganz gleichgültig, was Rechtens sey. Nur die Entscheidung der Frage: wie wird der Bürger dieser Rechte theilhaft gemacht, ist die Aufgabe für die Gesetze über das Verfahren. Beyde Gesetzgebungen sind also wesentlich in ihrem Objecte unterschieden, da die eine das Was und die andere das Wie entscheidet a).

§. 82.

Nach diesen vorausgesendeten Bemerkungen werden wir uns in unsern Gegenstand leichter finden. Die entscheidendste Stelle des bürgerlichen Gesetzbuches, welche sich hieher bezieht, ist unstreitig folgende des 4. Absatzes des Kundmachungspatentes: „Da„durch wird das bis jetzt ange-

a) Vgl. Drs N. Th. von Gönner's Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen. Erlangen; 1815 (II. B. Einleitung, S. 7—44).

„nommene gemeine Recht, der „am 1. November 1786 kundge„machte erste Theil des bürger„lichen Gesetzbuches, das für Ga„lizien gegebene bürgerliche Ge„setzbuch, sammt allen auf die „Gegenstäne dieses bürgerlichen „Rechtes sich beziehenden Geset„zen und Gewohnheiten, außer „Wirksamkeit gesetzt." Würden die Gesetze über das Verfahren einen Gegenstand dieses Gesetzbuches betreffen, so wären sie ohne weiters aufgehoben; allein wir haben gezeigt, daß beyde verschiedene Objecte behandeln, wenigstens dann, wenn in beyden strenges System gehalten wird. Eine Stelle, welche ausdrücklich die Gesetze über das Verfahren im Allgemeinen aufhöbe, findet sich im ganzen Gesetzbuche nicht, wohl aber trifft man darin auf mehrere Stellen, welche die Gesetze über das Verfahren theils ausdrücklich theils stillschweigend bestättigen. Dahin gehören z. B. der §. 163, welcher die Gerichtsordnung dadurch bestätiget, daß er davon als einem noch gültigen Gesetze spricht und auf diese Voraussetzung den ganzen Inhalt desselben baut; dann der §. 461, wo das Gericht (bey Feilbiethung

des Pfandes) ausdrücklich an die Gerichtsordnung angewiesen wird. So finden sich ebenfalls Stellen darin, wodurch die Concursordnung bestättiget wird, wie z. B. in den §§. 465 und 470. Aehnliche Bestättigungen finden sich auch für die Gesetze über das Verfahren außer Streitsachen, das so genannte adeliche Richteramt, wie z. B. in dem §. 798, worin ausdrücklich auf dasselbe hingewiesen wird.

§. 83.

Hieraus erhellet nun zur Genüge, daß die Gesetze über das Verfahren im Allgemeinen noch bestehen. Allein dem ungeachtet wäre der Schluß nicht richtig, daß hiernach das b. G. B. gar keinen Einfluß auf die Gesetze über das gerichtliche Verfahren hätte. Wir haben zwar gehört (§. 81.), daß, wenn beyde Gesetzgebungen ein strenges System halten, eine Collision ihrer Gesetze gar nicht möglich sey, weil beyde dann verschiedene Objecte betreffen. Da aber unser b. G. B. an mehreren Orten kleine Ausbeugungen auf die Frage: wie werden die Rechte durchgesetzt, aufrecht gehalten, oder zugetheilet, macht; so ist es ganz sicher, daß nach einer reiflichen Erwä-

gung des Inhaltes mancher Stellen im bürgerlichen Gesetzbuche dasselbe einzelne Anordnungen über das gerichtliche Verfahren entweder ganz aufgehoben, oder doch modificirt habe und überhaupt häufig die Lücken des gerichtlichen Verfahrens ausfülle. Die Aufhebung und Modification tritt dann ein, wenn die besondern über das Verfahren bestehenden Gesetze dasselbe anders bestimmen, als das b. G. B., die Supplirung aber dann, wenn die erstern gar keine oder nur eine mangelhafte Bestimmung enthalten, weil überhaupt das Gesetzbuch nur dann auf das Verfahren ausbeugt, wo es die bisher darüber bestehenden Vorschriften nicht zweckmäßig findet, oder wo dieselben mangeln, im übrigen aber strenge sein System und seine Grenze, nähmlich die Entscheidung der Frage: was ist Rechtens, einhält. Oft kommen sich beyde Gesetzgebungen so nahe, daß sie dem ersten Anblicke nach wirklich den nähmlichen Gegenstand zu behandeln scheinen, und dennoch zeigt sich bey genauer Erwägung das Gegentheil. Oft aber collidirt im nähmlichen §. eines Gesetzes über das Verfahren eine einzelne Anordnung allein und die übrigen darin enthaltenen collidiren nicht; daher es auch falsch wäre, deßwegen den ganzen §. für

aufgehoben zu erklären, da es nur diese Stelle allein ist.

§. 84.

Wie sehr würde man unserem weisen Gesetzgeber unrecht thun, wenn man ihn wegen dieser Abweichung vom strengen Systeme eines Fehlers beschuldigen wollte, da er doch, weil eine neue Anordnung für manche Amtshandlung des Verfahrens durch die Tendenz des bürgerlichen Gesetzbuches nothwendig wurde, wohl nichts Anderes thun konnte, als diese Abweichungen von den älteren Gesetzen über das Verfahren in das Gesetzbuch dort einschalten, wo gerade die Materie darauf hinweiset. Wäre das Gesetzbuch und eine neue Gerichtsordnung zusammen erschienen, dann würde dieses zuverlässig unterblieben und das System strenger gehalten worden seyn. Allein diese war noch nicht im Zustande erscheinen zu können, und jenes ein zu dringendes Bedürfniß, um damit noch länger zu verziehen.

§. 85.

Die Fälle, in welchen das bürgerliche Gesetzbuch entweder geradezu Stellen der Gesetze über das Verfahren aufhebt, oder sie

doch wenigstens modificirt, sind nicht sehr häufig; häufiger sind die Fälle, besonders in Beziehung des adelichen Richteramtes, wo das b. G. B. Lücken ausfüllt, welche früher so häufig in dieser Beziehung sich fanden. Am häufigsten aber trifft man natürlich solche Fälle, wo das b. G. B. und die Gesetze des Verfahrens innig in einander greifen, ohne daß deßwegen jenes nur im mindesten diese aufhebt oder supplirt, sondern beyde bestehen aufrecht nebeneinander und dienen sogar sich wechselseitig klar und deutlich zu machen, da oft die Fragen: was ist Rechtens und wie wird das Recht durchgesetzt in so genauer Verbindung stehen, daß die eine ohne die andere gar nicht begriffen werden kann. In allen diesen Rücksichten wollen wir zur größeren Erläuterung die merkwürdigsten Stellen des bürgerlichen Gesetzbuches, welche hierauf Bezug nehmen, ausheben und hier anführen.

§. 86.

Aus den Fällen, in welchen das b. G. B. einzelne Stellen der Gesetze über das Verfahren gänzlich aufhebt, wollen wir ihrer Merkwürdigkeit wegen, die §§. 1339 und 1340 betrachten, welche nicht nur eine de-

rogirende Wirkung auf die Gerichtsordnung, sondern insbesondere auch eine suppletorische auf die Jurisdictionsnormen und politischen Gesetze äußern. Der §. 15. der allgemeinen G. O. vom 1. May 1781. lit. c. weiset nähmlich die Rechtshändel, „die aus „einer bloß mit Worten zuge„fügten Unbild entstehen," den Civilgerichten zu und befiehlt dabey mündlich zu verfahren. Nach dem §. 1339 des b. G. B. aber sind diese Ehrenbeleidigungen dem Wirkungskreise der Civilgerichte entzogen und der Amtshandlung der Criminalgerichte oder der politischen Obrigkeiten zugewiesen a). Nur in dem Falle, wenn es sich dabey um eine Entschädigung handelt, und der Ersatz des Schadens nicht unmittelbar bestimmt werden kann, bleibt der Parthey nach dem §. 1340 vorbehalten, ihre Entschädigung

a) Was sich über die strenge Trennung des Privatrechtes aus einer zugefügten Beleidigung von dem Rechte des Staates auf Strafe aus derselben sagen läßt, findet sich äußerst gründlich und erschöpfend dargestellt in des gelehrten Hofrathes Franz Georg Edlen von Kees Commentar über Joseph des Zweyten allgemeine Gerichtsordnung, Wien und Prag bey Johann Ferdinand Edlen von Schönfeld 1789. (S. 23, b.).

im Civilrechtswege zu suchen, was auch in Criminalfällen dem Beschädigten und in andern Fällen beyden Theilen offen steht, wenn sie sich mit dem Erkenntnisse des Criminalrichters oder der politischen Obrigkeit nicht zufrieden stellen wollen. Ob übrigens in diesem letzten Falle, nicht doch der §. 15. der G. O. noch in sofern wirksam bleibe, als in diesem Entschädigungsprocesse, dem eine Verbalinjurie zum Grunde liegt, mündlich verfahren werden müsse, ist eine Frage, welche fast durchgängig verneinet wird. Demungeachtet scheint die richtige Meinung die bejahende zu seyn, da dieser Proceß denn doch auch aus einer mit Worten zugefügten Unbild entsteht, und der §. 15. der G. O. alle Processe, die daraus entstehen, ausdrücklich dem mündlichen Verfahren zuweiset.

§. 87.

Aus den Fällen, in welchen einzelne Gesetze der Gerichtsordnung zwar nicht aufgehoben, aber doch durch das b. G. B. modificirt werden, sind jene besonders merkwürdig, die in den §§. 99, 100, 158 und 163 desselben enthalten sind. Die §§. 99 und 100 des b. G. B. stellen sich als beschränkende Ausnahmen von dem §. 107 der Gerichts-

ordnung dar, da nach jenem das Eingeständniß der Ehegatten selbst dann keinen Beweis für die Ungültigkeit der Ehe ausmacht, wenn es beyderseits übereinstimmend wäre, da doch nach diesem das bloße einseitige Eingeständniß die Wirkung hat, daß der eingestandene Umstand als vollkommen erwiesen in diesem Processe zu halten ist. Ebenfalls als Ausnahme von diesem §. der Gerichtsordnung kömmt auch der §. 158 des b. G. B. zu betrachten, nach welchem bey dem Streite über die Unehelichkeit eines in der Ehe gebornen Kindes selbst das eigene Geständniß der Mutter, daß das Kind unehelich sey, nichts beweiset a). Der §. 163 des b. G. B. aber begründet eine Ausnahme von der Regel des §. 110. d. G. O. nach welchem letztern das außergerichtliche Geständniß nur dann eine Beweiseskraft hat, wenn von dem Bekenner das Geständniß auf Befragen einer Person geschehen ist,

a) Die Gründe dieser Ausnahme müssen bey den §§. 99 und 100 offenbar darin gefunden werden, daß es sonst in der Macht der Partheyen stände, das weise Gesetz der Unauflösbarkeit der Ehen zu umgehen und bey dem §. 158 in dem Rechtssatze: actus inter alios gestus tertio nec prodest nec nocet.

von der er wußte, daß ihr daran gelegen sey, die Wahrheit zu wissen. Denn nach dem angeführten §. des b. G. B. ist auch ohne diese Beschränkung das außergerichtliche Geständniß des außerehelichen Beyschlafes ein Beweis, welcher die Vermuthung der Vaterschaft gründet. Die Anordnung dieses §. des b. G. B. nur unter der, in der Gerichtsordnung festgesetzten Beschränkung verstehen zu wollen, wäre offenbar ein Fehler gegen die juristische Hermeneutik, da der §. sich ohnedieß auf die Beweise der G. O. bezieht und daher der Beysatz: „wer dieses auch „nur außer Gericht gesteht; von „dem wird vermuthet, daß er das „Kind erzeugt habe," ein Uiberfluß wäre, welchen dem Gesetzgeber zur Last zu legen, nicht angeht. Zugleich wäre diese Auslegung dem §. 6. des b. G. B. entgegen, da hier offenbar ein engerer Sinn den Worten beygelegt würde, als aus ihrer eigenthümlichen Bedeutung in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht hervor leuchtet b).

b) Vergleiche v. Zeillers Commentar zu diesem §. (I. Thl. S. 564.). Sehr scharfsinnig wird hier bemerkt, daß weder ein im sinnlosen Zustande, oder ohne Bestimmung des Zeitpunctes der Beywoh-

§. 88.

Die Stellen des bürgerlichen Gesetzbuches, welche Lücken des Verfahrens (besonders au-

---

nung abgegebenes Geständniß derselben Beweises-kraft habe. Aber in Rücksicht der Behauptung „*daß eine offenbar nur leichtsinnige* „*von keinem Nebenumstande unter-* „*stützte Aeußerung*" (daß man einer gewissen Weibsperson beygewohnt habe) „*für kein* „*Geständniß zu halten sey*," glaube ich der entgegengesetzten Meinung dieses großen Denkers beypflichten zu müssen. Denn einmahl ist ohne Ausnahme jede solche Aeußerung, daß man einem Mädchen oder Weibe beygewohnt habe, an und für sich, sie mag von noch so vielen Nebenumständen begleitet seyn, leichtsinnig. Begleitende Nebenumstände aber zur Gültigkeit dieses Eingeständnisses zu fordern, scheint eine, gegen den 6. §. laufende, Einschränkung des Sinnes der Worte zu seyn, die nicht aus der *klaren Absicht* (Begünstigung des Kindes) hervorgeht, sondern vielmehr sogar den durch die Gerichtsordnung zugestandenen Beweis des außergerichtlichen Geständnisses, zum Nachtheile des Kindes erschwerte. Hiezu kömmt noch die Bemerkung, zu welchen willkührlichen Ausdeutungen: welche eine offenbar leichtsinnige Aeußerung und welcher Nebenumstand zur Unterstützung des Geständnisses hinreichend sey, eine solche Auslegung des 163. §. Anlaß geben könnte.

ßer Streitsachen) ausfüllen, sind zu häufig und zu auffallend, als daß es nöthig schiene, irgend eine einzelne zur größeren Aufklärung der Sache heraus zu heben. Man braucht nur, um diese Behauptung gegründet zu finden, einen Blick auf das 9. Hauptstück des II. Theiles des b. G. B., §§. 578—601, zu werfen, um zu sehen, wie wichtig diese Stelle zur Supplirung der ganzen Lehre vom Beweise durch Urkunden und Zeugen in der Gerichtsordnung sey, indem diese gar nichts über die Beweiseserfordernisse eines Testamentes festsetzet. Noch mehr, als die Proceßgesetze, werden die des adelichen Richteramtes vom b. G. B. supplirt. Das ganze 4. Capitel des I. Theiles, von den Vormundschaften und Curateln, liefert für das Verfahren bey Curatel- und Waisensachen, und das 15. Capitel des II. Theiles, von Besitznehmung der Erbschaft, für das Verfahren bey Verlassenschaftsabhandlungen die wichtigsten Belege hiezu a).

---

a) Es sind zwar in dieser letzten Beziehung alle Hauptstücke des Erbrechtes wichtig, allein, da sie in der Regel bloß das Recht selbst betreffen; so gehören sie auch bloß mittelbar hieher und ihre

§. 89.

Unter den Gesetzen des b. G. B. und denen des Verfahrens, welche sich weder aufheben noch modificiren, sondern bloß dazu dienen, sich gegenseitig zu erklären, scheinen fast durch ihre Zusammenstellung die §§. 470 und 1260 des b. G. B. und die §§. 19 und 23 der allgemeinen Concursordnung das meiste Interesse zu gewähren. Wir wollen sie daher hier ausheben und ausführlicher erörtern.

§. 90.

Würde man den 1260. §. a) ganz allein für sich erklären; so müßte man sagen, daß die

---

Kenntniß wird schon voraus gesetzt. Deßwegen kann ich auch nicht recht begreifen, mit welchem Fuge ein Tractat über die Intestaterbfolge einen Platz in einem Lehrbuche über das adeliche Richteramt behaupte.

a) §. 1260. des b. G. B. „Wenn über das Vermögen des Mannes bey seinen Lebzeiten ein Concurs eröffnet wird; so kann die Ehegattin zwar „noch nicht die Zurückstellung des Heirathsgutes, „und die Herausgabe der Widerlage, sondern „nur die Sicherstellung für den Fall der Auflösung der Ehe gegen die Gläubiger verlangen. „Sie ist über dieß berechtiget, von Zeit der Concurseröffnung den Genuß des witiblichen Unter-

Gattin, wenn über ihres Mannes Vermögen, bey seinen Lebzeiten, ein Concurs ausbricht, die Sicherstellung des Heirathsgutes und der Widerlage gegen alle Gläubiger, ohne Unterschied der Classen derselben für den Fall der Auflösung der Ehe fordern könne, und zwar jedes Quantums der Widerlage, es möge um noch so viel größer seyn, als das des Heirathsgutes. Ferner müßte man behaupten, daß ihr selbst von dem Augenblicke des eröffneten Concurses der Genuß des Heirathsgutes, oder, wenn ein wittiblicher Unterhalt bedungen worden wäre, der Genuß des witiblichen Unterhaltes, wenn er auch die Zinsen des Heirathsgutes überstiege, gegen alle Gläubiger ebenfalls ohne Unterschied der Classen gebühre. Allein der 470 §. b) ruft die Concursordnung zu Hülfe und nun erscheint der Inhalt des §. 1260 ganz anders. Was dieser §. mate-

---

„haltes, und wenn keiner bedungen ist, den Genuß „des Heirathsgutes anzusprechen" u. s. w.

b) §. 470. des b. G. B. „die Vorzugsrechte der „Gläubiger bey dem Ausbruche eines Concurses „bestimmt das Verfahren in Concurssachen."

tiell für das Recht der Gattin bloß im Allgemeinen bestimmt, wird nun erst formell durch die Angabe der Concursordnung, in welcher Ordnung (wie) sie dieses recht geltend machen könne, insbesondere so ausgemittelt, daß die mehr privilegirten Gläubiger an ihrem Vorzuge und die gleich privilegirten an ihren gleichen Ansprüchen nichts verlieren c).

§. 91.

Der §. 19. der Concursordnung lit. e. setzt die Ehegattin mit ihren Heirathsansprüchen in die 3. Classe und zwar bloß mit dem Heirathsgute und in Rücksicht der verschriebenen Widerlage in sofern dieselbe nicht den Betrag des wirklich zugebrachten (nicht auch des bloß verschriebenen) Heirathsgutes übersteigt. Was diesen Betrag übersteigt, ist bloße Schenkung und gehört daher, nach dem §. 23. der C. O. lit. a. in die 6. Classe. Alle Gläubiger der ersten zwey Classen gehen demnach der Gattin

---

c) Ich verkenne bey dieser Gelegenheit durchaus nicht, welche wichtige Gründe dafür sprechen, die Prioritätsordnung dem bürgerlichen Gesetzbuche einzureihen (Vgl. v. Gönners angef. Entwurf; II. B. S. 16—18. §. 4.).

vor, wenn sie nicht allenfalls durch Eintragung in öffentliche Bücher ein Hypothekarrecht und dadurch die zweyte Concursclasse erworben hat, wo sie aber dann nicht mehr als Gattin, sondern als Hypothekargläubigerin zu betrachten kommt. Auch in der 3. Classe steht sie nicht allein, sondern mit gleichem Rechte stehen ihr die Pupillen, der Fiscus wegen Dienstesforderungen an seine Beamte und die Wechselgläubiger zur Seite, mit denen sie sich nun in den auf diese Classe ausgefallenen Rest des Eridavermögens pro rata theilen muß. Mit dem Uiberschuße der Widerlage, die das Heirathsgut übersteigt, muß die Gattin allen Gläubigern der 4. und 5. Classe weichen und steht zur Theilung ebenfalls pro rata in der sechsten Classe mit den übrigen.

§. 92.

Wenn nach diesen Voraussetzungen die Rede ist von der Erklärung des 1260. §. des b. G. B.; so wird sie ganz eine andere Gestalt als früher haben. Von den Gläubigern der ersten und zweyten Classe kann nach diesen Ansichten, die Gattin im Falle des bey ihres Gatten Lebzeiten ausgebrochenen Concurses gar keine Sicherstellung und keinen Genuß des wittiblichen Unterhaltes oder des

Heirathsgutes fordern und sie werden ohne alle Rücksicht auf die Gattin vollkommen befriedigt. Denn die Sicherstellung gebührt ihr ja nur für den Fall der Auflösung der Ehe, damit sie dann ihre Ansprüche geltend machen könne und der Genuß des witiblichen Unterhaltes und Heirathsgutes nur deßwegen, weil sie auf ihre Heirathsansprüche selbst ein Recht bey aufgelöster Ehe hat; nun aber hat sie selbst auf den Fall der getrennten Ehe kein Recht auf ihre Heirathssprüche, so lange die Gläubiger der 1. und 2. Classe nicht befriedigt sind, also gebührt ihr auch von diesen gar keine Sicherstellung und kein Genuß eines ihr niemahls gebührenden Anspruches. Von den Gläubigern der 3. Classe kann sie zwar Sicherstellung und den Genuß des witiblichen Unterhaltes und des Heirathsgutes fordern, allein auf jeden Fall nur des wirklich zugebrachten Heirathsgutes und eines Betrages der Widerlage, welcher das erstere nicht übersteigt; von dem Uiberschuße, kann sie von ihnen gar keine Sicherstellung und keinen Genuß fordern, indem ihr auch gegen sie nach getrennter Ehe kein Anspruch darauf gebührte. Aber selbst von jenem Betrage kann sie nur eine Sicherstellung und den Genuß pro rata fordern,

nähmlich bloß in einem Betrage, der auf sie bey einer wirklichen Vertheilung gefallen wäre. Denn sonst müßte sie sich entweder selbst für den ihr abgängigen Betrag als Mitgläubigerinn sicher stellen und sich selbst, ebenfalls in dieser Eigenschaft, für die Quote des auf sie zu wenig ausgefallenen Genusses entschädigen, was sich aufheben würde; oder die übrigen Mitgläubiger müßten auf die ihnen zufallende Quota in sofern verzichten, als nöthig wäre, damit der der Gattin (abgesehen von einem Concurse) zukommende Anspruch ganz realisirt werde, was ungerecht gegen diese wäre. Ein Fall wird diese Behauptung beleuchten. Setzen wir: der Fiscus habe 4000 fl. rücksichtlich einer Dienstesangelegenheit seines cridatarischen Beamtens, ein Pupill 4000 fl. rücksichtlich der Vormundschaft seines cridatarischen Vormundes und die Gattinn ebenfalls 4000 fl. aus ihren Heirathssprüchen an die Massa ihres Mannes zu fordern; nun wären aber nur im Ganzen 3000 fl. für die sämmtlichen Gläubiger der 3. Classe vorhanden; so kann die Gattin gegen den Fiscus und den Pupillen, welche die auf die erstere ausfallenden 1000 fl. nun unter sich theilen, nur die Sicherstellung und den Genuß dieser 1000 fl. fordern. Die

Sache ist klar und bedarf nur eines geschickten Rechners. Gegen die Gläubiger der 4. 5. und 6. Classe fordert sie volle Sicherstellung und vollen Genuß dessen, was ihr in der 3. Classe bey einer wirklichen Vertheilung gebührt hätte, aber nun an die Gläubiger der spätern Classe fiel. Hingegen in Rücksicht des in der 6. Classe stehenden Uiberschußes ihrer den Betrag des Heirathsgutes übersteigenden Forderungen aus den Ehepacten hat sie gar kein Recht gegen die 4. und 5. Classe und gegen die übrigen Beschenkten der 6. Classe nur ein Recht auf Sicherstellung und Genuß dieses ihr gebührenden Uiberschußes pro rata.

Olmütz,
gedruckt bey Aloys Skarnitzl.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Wagner, Vincenz August,

Das Quellenverhältniß des bürgerlichen Gesetzbuchs zu den besonderen Zweigen des Privatrechtes in den österreichisch-deutschen Erbstaaten

Wien 1818

J.austr. 59 n
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10543407-6